波斯纳文丛 4

Collected Works of Richard A. Posner

正义的经济学法

THE ECONOMICS OF JUSTICE

理查德·A·波斯纳 / 著
Richard A. Posner
苏 力 / 译

中国政法大学出版社

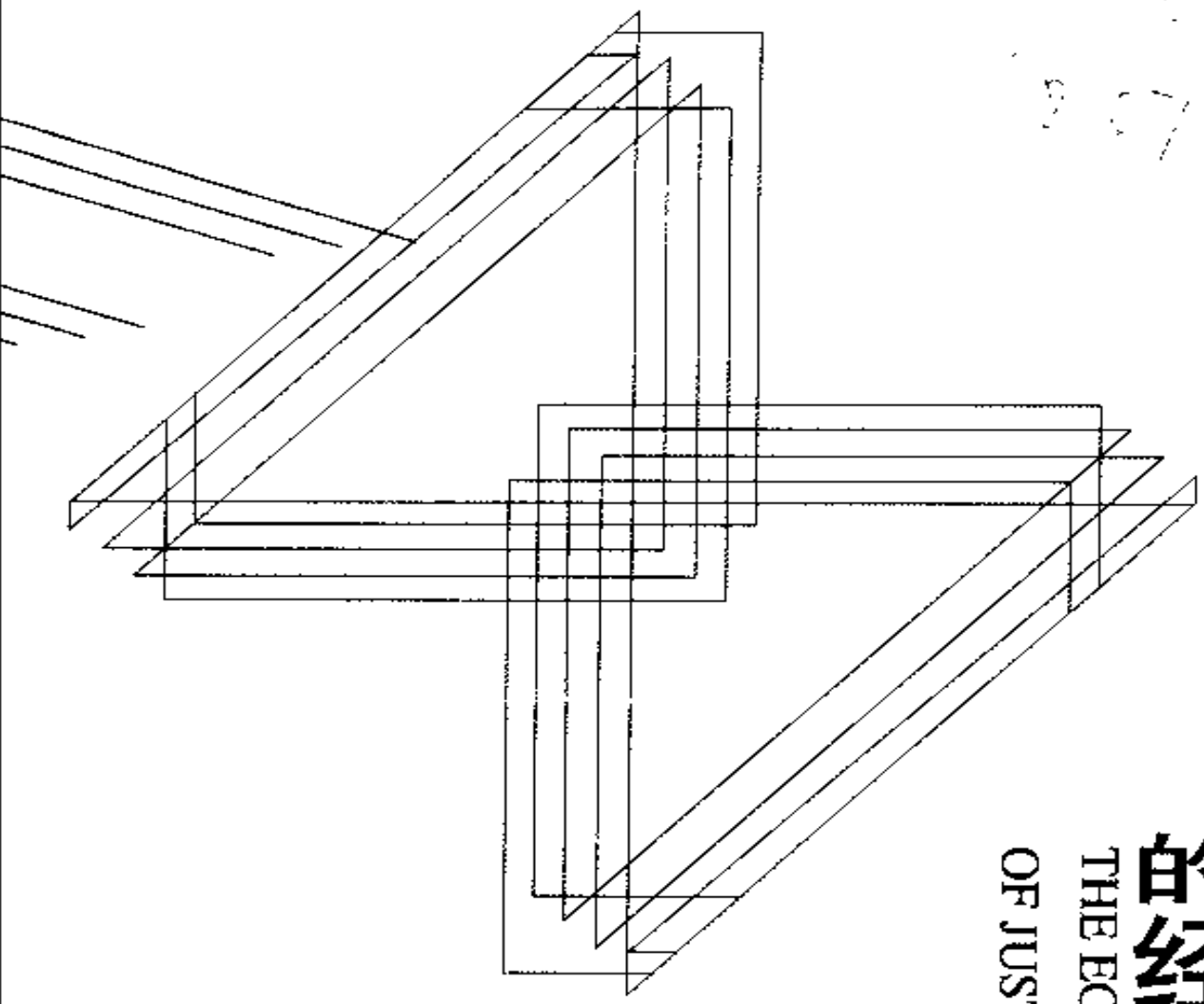
波斯纳文丛

ISBN 7-5620-2041-8

9 787562 020417 >

ISBN 7-5620-2041-8/D · 20

定价：28.00元



波斯纳文丛 4

Collected Works of Richard A. Posner

正义司法的经济学

THE ECONOMICS OF JUSTICE

理查德·A·波斯纳 / 著
Richard A. Posner
苏 力 / 译

中国政法大学出版社

A1020943

图书在版编目(CIP)数据

正义/司法的经济学/(美)波斯纳著;苏力译.
—北京:中国政法大学出版社,2002.3
ISBN 7-5620-2041-8

Ⅰ.正… Ⅱ.(1)波…(2)苏… Ⅲ.司法—效率—法制史—研究—美国 Ⅳ.D971.29

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 013833 号

书　　名	正义/司法的经济学
出 版 人	李传敢
出版发行	中国政法大学出版社
经　　销	全国各地新华书店
承　　印	清华大学印刷厂
开　　本	880×1230mm　1/32
印　　张	14.75
字　　数	380 千字
版　　本	2002 年 5 月第 1 版　　2002 年 5 月第 1 次印刷
印　　数	0 001—5 000
书　　号	ISBN 7-5620-2041-8/D·2001
定　　价	28.00 元

社　　址	北京市海淀区西土城路 25 号　邮政编码　100088
电　　话	(010)62229563　(010)62229278　(010)62229803
电子信箱	zf5620@263.net
网　　址	http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm

☆☆☆☆☆

声　　明　1. 版权所有,侵权必究.
2 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换.

《波斯纳文丛》总译序

一

这套译丛是一个很长过程的积淀

我从1993年开始翻译波斯纳的著作，这就是1994年出版的《法理学问题》。此后多年也读了他的不少著作，但是这位作者的写作速度实在是太快了，范围实在是太广了，因此至今没有或没有能力读完他的全部著作。但是自1996年起，鉴于中国的法学理论研究的视野狭窄和普遍缺乏对社会科学的了解，缺乏人文学科深度，也鉴于希望中国的法官了解外国法官的专业素养和学术素养，我一直想编一部两卷本的《波斯纳文选》。在这种想法指导下，同时也为了精读，我陆陆续续选译了波斯纳法官的少量论文和许多著作中的一些章节，包括《超越法律》、《性与理性》、《法律与文学》、《司法的经济学》等著作。到1998年时，已经译了80万字左右，也联系了版权，但最终没有落实，乃至未能修改最后定稿。初稿就在计算机的硬盘上蛰伏了很久。

1998年，我感到自己《法理学问题》的译文问题不少，除了

一些令自己难堪的错失之外，最大的问题是由于翻译时刚回国，中文表达比较生疏，加之基于当时的一种奇怪观点，希望保持英文文法，因此译文太欧化，一定令读者很头痛。我为此深感内疚，并决定重译该书，到1999年上半年完成了译稿。

1999年10月，我到哈佛做访问学者，更系统地阅读了一些波斯纳的著作；并同样仅仅是为了精读，我翻译了他当年的新著《法律与道德理论的疑问》。此后，由于《美国法律文库》项目的启动，中国政法大学出版社又约我翻译波斯纳的《超越法律》全书，我也答应了。诸多因素的汇合，使我决心把这一系列零零碎碎的翻译变成一个大的翻译项目。

2000年5月，在耶鲁大学法学院葛维堡教授和欧文·费斯教授的大力安排下，我从堪布里奇飞到了芝加哥，同波斯纳法官会了面，其间也谈到了我的打算和决定。临别时，波斯纳法官同意了我的请求。

2000年8月回国之后，就开始了一系列工作。中国政法大学出版社社长李传敢、编辑张越、赵瑞红等给予了积极并且是很大的支持。会同出版社一起，我进行了很麻烦的版权联系和交易。而与此同时，我自己也忙里偷闲，特别是利用寒暑假，进行翻译，并组织翻译。因此，才有了目前的这一套丛书，完成了多年来的一个心愿。

二

从上面的叙述来看，这套文丛似乎完全是一个机会主义过程的产物，甚至，挑剔一点说，未必我就没有减少自己的“沉淀成本”

(sunk cost)的意图。但是，总的说来，这套书的选择是有策划的，有斟酌的。

如同上面提到的，我的选译是有针对性的，一是针对法学研究，特别是法理学研究；二是针对包括法官在内的读者群。

中国目前的法学研究有不少弱点。首先是自我限制，搞法理学就是搞一些传统的概念，例如法治、宪政、正义、公正之类的，加一点时下流行的各种具有或多或少甚至是很强意识形态意味的话语，依法治国、司法改革、现代化、全球化、人权等等。这种"高级理论"、"大词法学"其实与作为实践的法律，特别是部门法很少有直接的关联；乃至于近来我听到有搞部门法的学者半开玩笑半嘲笑的说：你们搞法理的人似乎如今全都搞司法改革了嘛！这种情况，固然反映了司法改革的重要性已日益为法学研究者关注；但另一方面，这也说明了一个问题，法理学可能确实面临着某种困境。也许这种境况就如波斯纳说30年前美国法理学那样，已经进入了它的"暮年"(《超越法律》)。法理学必须探求新路，司法改革的话题也许会带来一个刺激，形成一个"新的学术增长点"，但我们必须注意，这不是全部，我们必须开拓理论法学的研究视野。

当代中国法学研究的另一个重大弱点是缺乏社会科学指导的研究，缺少经验的研究。国内的法经济学、法社会学、法人类学诸如此类，大都一直停留在介绍的水平或应然的层面上，既缺少量化的研究，也缺少细致精密的个案研究，甚至常常没有一个不带个人意气的如实生动的描述，大约是在中国人心目中文字本身就是神圣的，因此如果你用文字客观描述了某种不那么理想的东西，而这种客观又对"法治的理想"或"公认的原则"提出了质疑，那你的政治立场可能就有问题，你就"需要提升价值"，必须把你的描述调整到符合这些理想和原则上来。在这种心态和氛围下，文字成了一

个过滤和筛选可研究和不可研究的、可言说和不可言说的设置"政治正确"已经在中国学界迅速本土化了，一些学者一方面不无一点道理地反对滥用本土资源的说法，但另一方面，又迅速利用了在中国历来占强势的道德话语，开掘出了政治正确的"本土资源""法学是一个古老的学科"这样的事实描述由此变成了法学应坚持修辞学和决疑术的老传统、拒绝强化社会科学研究新传统的规范理由，成了拒绝法学"与时俱进"的信条。对于中国法治发展非常必要的法学专门化在某种程度上成了创造知识神秘、故弄玄虚、拒绝普通人进入、以期获得因垄断而发生的高额货币和非货币租金的一种工具。当然，这还不是普遍现象，只是这种现象正在扩展。更普遍的情况则是法学家就"法律问题"笼统的发发感慨，提提看法；尽管这些感慨、看法并没有多少法学的或其他学术的意味，但由于在许多现实的交易中，值钱的并不都是货品的质量，而往往是货品的商标品牌，因此法学圈内也就不可能例外。而在我看来，真正能减少这种现象的可能就是学术的竞争，包括并特别是来自其他社会科学知识和方法的竞争，也就是要"超越法律"。

因此，这套书的读者也许首先是法学研究者、部分有些理论兴趣的法律实务者，其中也包括一些法官。中国法官的状况一直是我的一个关切。中国法官目前就总体而言其知识和专业素质都是很不足的，即使少数有较高学历的法官，但要适应一个现代社会、一个工商社会，也还有很大距离。这种状况不可能在短期转变，哪怕是对目前开始的统一司法考试我们也不可能指望过高。因为中国的法学教育本身就面临着一个急迫的知识转型问题。我当然不可能指望读一点书就会改变法官的状况。但是至少，这些著作会给某些法官甚至未来的法官一些提醒，因为中国的法官也都可能或迟或早在不同程度上遇到波斯纳法官遇到过的一些问题。

这套书最多的、最认真的读者最终也许是如今在校的学生，因为，由于种种原因，今天的中国法学家大都已经与真理共在了，因此也就大都很少甚至根本不读书的了。但即使是为了学生，翻译这套书也是值得的。甚至，我预期这套书的潜在读者将不完全是法学院的学生，有可能是社会学家、政治学家、经济学乃至文史哲的学生。确实，波斯纳的著作做到了他的追求，大意是，法学应当使外行人也感兴趣。

也正是为了这些目的和这些读者，我在选书时，大致坚持了三个相互关联的标准。一是尽可能涵盖波斯纳所涉猎的领域，反映一个全面的波斯纳；因此，其二，也就尽可能包容广泛的读者，而不是局限于法学的读者；以及第三，希望这些著作能够展示法学的交叉学科研究以及法学对其他学科的可能的贡献。最后这一点也许还应多讲几句。近年来，一些法学家和学生都感到了经济学和社会学的帝国主义，一些喜欢思考又有一定哲学爱好的学生往往喜好读跨其他学科的书，甚至感到在现在的知识体制中，法学的贡献很少。但我相信，波斯纳的著作可以消除人们的这种错觉。法学是可以有趣的；也许法学没有为其他学科的发展提供什么总体思路上和方法论上的贡献，但是，我相信，读了波斯纳的这些书后，读者会感到法学家的知识传统同样可能对理解其他学科作出贡献，特别是在对细节的理解和制度处理上。也许法学由于其实践性、世俗性，其知识贡献就注定不是宏大理论，而是微观的制度性理解和处置；就是要把事办妥（而不是好）。

因此，尽管这里所有著作都与法律有关，却也都还与其他某些学科和问题相关。《法理学问题》、《超越法律》和《道德与法律理论的疑问》，是波斯纳法理学著作的"三部曲"，与诸多法理学流派，与法哲学、法社会学、政治哲学和道德哲学有关。《正义/司法

经济学》有很大一部分与初民社会以及一些非正式社会控制有关，其余部分则与私隐有关。《法律理论的前沿》则更是涉及到了经济学、历史学、心理学、认识论、统计学。《法律与文学》不仅文学，包括经典文学和大众文学，而且涉及到阐释学，甚至知识产权法。《性与理性》从问题上看，与性、家庭、婚姻、同性恋、色情读物有关；而另一方面，作为知识传统，它汲取了社会生物学许多洞识。《衰老与老龄》则分别与老人、老龄化和社会学有关。《反托拉斯法》与经济学有很大关系。《联邦法院》不仅研究了一个具体的司法制度，而且同政治学、特别是司法政治学、制度理论有关。《公共知识分子》与（特别是与法学）知识分子和知识社会学有关。当然，所有这些所谓“有关”都是相对的，其实几乎每一本书中都涉猎了不同的学科知识。这些都是真正的交叉学科的研究。比较而言，前六部著作的主要关切更多是法学理论；后五部著作尽管同样涉猎广泛，但相对说来更侧重于法学理论在特定领域的运用。当然，其中的研究结论不一定都对，因此不要将之作为结论、作为权威、作为真理来引证，而应当是作为进一步研究的甚或是批判的起点。它们也都未必是其他学科最前沿的，它们也没有坚持一个融贯一致的学科理论体系；但也许这就是法学的要求和命定。法学强调实践，法官必须在有限时间内处理问题，他们不能等所有的知识都齐备了再按部就班地作出惟一正确的决断，不允许他等到“黄瓜菜都凉了”。他更多的是，用概括了波斯纳的话来说，要“头脑清醒地对付或糊弄过去”。因此调动一切知识资源，在现有的制度框架中不但是要干事，而且是要干成事。

而这就是实用主义，至少是波斯纳牌号的实用主义，这是一种新的法理学。

三

对于波斯纳，许多中国法律人都已经熟悉了他的名字和一些著作，但有不少误解。因此，我要多几句嘴，做一个尽可能简洁的介绍。

波斯纳，1939年元月11日出生在纽约的一个中产阶级家庭，父亲是律师，母亲是一位“非常左倾”（波斯纳语）的公立学校教师。他1959年以最优生毕业于耶鲁大学英文系，1962年以全年级第一名毕业于哈佛法学院。在法学院期间，他担任过《哈佛法学评论》主编（president）。他没有拿过Ph. D，但他曾获得过包括耶鲁、乔治城等国内外大学的荣誉法学博士。1962年毕业后，一直到1967年，他曾先后在联邦最高法院担任大法官布冉能法律助手一年，并先后在其他政府机关任职，同时开始接触并自学经济学，形成了他的学术思想。1968年，他加入斯坦福大学法学院，成为副教授；次年，他来到了芝加哥大学，担任教授；1973年一部《法律经济学分析》，给整个法律界带来了一场“革命”（《纽约书评》语）；1978年以后又成为法学院讲座教授。1981年，里根总统提名他出任联邦第七上诉法院（在芝加哥）法官至今，并在1993年到2000年间因为资深担任首席法官（院长），兼管该法院的一些行政事务。

任法官期间，波斯纳还一直担任芝加哥大学法学院的高级讲师；每年至少上两门课。同时，他每年平均撰写80件以上的上诉审判决意见（这意味着每周近2件），这个数量之多位居撰写司法意见最多的美国联邦上诉审（包括最高法院）法官之列（比美国联

邦上诉审法院法官撰写的司法意见平均数大约高出两倍）。重要的是，不像绝大多数法官，波斯纳从不用法律助手捉刀代笔，他总是自己披挂（或赤膊？）上阵。他说出来的话，用我遇到的一位他的前法律助手说，打出来就是一段文稿，几乎不用修改。他不仅产出数量多，而且质量也很高。他的上诉审判决意见也是为其他联邦上诉法院引用率最高的法官前茅（大致高出平均数3倍）。而他的学术著作也是如此，据1999年的几个研究分别发现，1978年以后出版的引证最多的50本法学著作中，波斯纳就占了4本（并属于前24本之列），数量第一；他的总引证率也是有史以来最高的（7 981次），比位居第二名的学者（德沃金，4 488次）高出近80%。[1] 无怪乎，一个有关波斯纳的幽默就是，“谣言说，波斯纳每天晚上都睡觉”。

数字也许太枯燥了。而有关波斯纳的才华、勤奋、博学的趣闻轶事很多很多。这里就说两件吧！一是，他在联邦最高法院当法律助手期间，有一次，全体大法官们投票对某案做出了决定，并指定由大法官布冉能撰写司法意见。按照习惯，司法意见都至少由法律助手撰写初稿，但不知是由于布冉能说反了，还是波斯纳听反了，甚或其他，波斯纳反正是撰写了一份与最高法院的决定完全相反的

---

〔1〕 关于波斯纳的司法意见的引证率，请看，William M. Landes, Lawrence Lessig, and Michael E. Solimine, “Judicial Influence: A Citation Analysis of Federal Courts of Appeals Judges”, *Journal of Legal Studies*, vol. 27, 1998, pp. 288, 298；以及，David Klein and Darby Morrisroe, “The Prestige and Influence of Individual Judges on the U. S. Courts of Appeals”, *Journal of Legal Studies*, vol. 28, 1999, p. 381. 在前一研究中，波斯纳名列第一；后一个研究中，波斯纳由于种种原因而名列第七。关于最常引用的法学著作以及著作引证率的研究，请看，Fred R. Shapiro, “The Most-Cited Legal Books Published Since 1978”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 29 (pt. 2), 2000, pp. 397–406, tab. 1; Fred R. Shapiro, “The Most-Cited Legal Scholars”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 29 (pt. 2), 2000, pp. 409–426.

司法意见。然而，这份意见不仅说服了布冉能大法官，而且说服了最高法院。最后的决定也就顺水推舟按着波斯纳的意见办了。[2]我们当然可以赞美大法官们的平等待人、从善如流，但这足以证明波斯纳的真正是才华横溢（当然不同的人还可能从中得出许多其他正面、负面甚或是解构主义的感想：令人怀疑被——特别是一些中国学者——神化了的大法官们的责任心、智慧和勤勉程度，案件的不确定性等等，随便想去吧！）。记得张五常曾记述了他所谓的“经济学历史上最有名的辩论聚会”——科斯为《联邦通讯委员会》一文同包括弗里德曼等15位大经济学家展开论战，最后让对手统统缴械的学术佳话。[3]而波斯纳的这一轶事足以同科斯的故事媲美；如果仅仅就知识事件本身而言，这个故事不仅毫不逊色，甚至更有过人之处：因为波斯纳是生活在一个具有政治性和等级性的领域，他是作为一个下属，而不是如同科斯是作为平等的学者参与了各自的论战，而我们知道不同领域内的游戏规则是不一样的。并且这是对一个已经初步决定了的案件。也许这个案子就学术意义并不像科斯的论战那么重大，但其具有更大的直接的实践意义。

另一件也就发生在去年。在波斯纳所在的联邦第七巡回区的一个决定中，多数派法官否决了波斯纳［临时充任地区法院法官时作出］的一个裁决。[4]但就在这一司法意见开头的第一个脚注中，作为波斯纳同事的这些法官写道：

---

［2］ James Ryerson, "The Outrageous Pragmatism of Judge Richard Posner", *Linguafeature: The Review of Academic Life – Online*, May, 2000, vol. 10, no. 4 (http://www.linguafranca.com/0005/posner.html).

［3］《五常谈学术》，香港：花千树，2000年，页196－198

［4］ Bankcarp America, Inc. v. Universal Bancard Systems, Inc., 203 F. 3d 477 (7th Cir. 2000).

"当时，联邦地方法院急需新增法官决定此案，我们的首席法官波斯纳自愿承担了这一地方法官的工作，听审了此案，这充分证明了他对工作的献身精神。当然，法官波斯纳同时也承担了他在本院的全部工作。并且，作为我们巡回区的首席法官，他还完成了大量的行政管理职责。他所做的甚至还远不止这些。他撰写的书要比许多人毕生阅读过的书还多。更重要的是，当时，他正用业余时间，在联邦政府针对微软公司的反托拉斯大案诉讼中，作为某法院任命的特别调解人，努力工作。很显然，波斯纳法官的工作实在是太多了，远远超出了人们的承受能力。这充分证明了波斯纳法官的才华，他能同时处理这么多的角色，并且还是如此的严密、杰出和潇洒。"（着重号为引者所加）

由衷的赞美和敬佩之情，可谓溢于言表。（当然，这里也足以让我们看到我们大力赞美的美国法官的判决书的另一侧面。）

波斯纳的思辨极为精细，文风非常犀利，可以说是锋芒毕露，在学术批评上毫不留情，只认理，不认人。但在日常生活中，所有同他有过哪怕是简短交往的人都认为他是一位非常绅士的人，对人非常礼貌、周到，说话谦和、平等、幽默。上面引用的他的同事在司法意见中的言辞，就是一个明证。

也许是——但显然不是——因为做了法官，波斯纳是一位务实得近于冷酷的人，与那些高唱人文精神的浪漫主义的、理想主义的学者似乎形成强烈反差。但是在一次午饭间，波斯纳告知了知名女学者努斯鲍姆一个发现：其实，他波斯纳自己是一位浪漫者，而努斯鲍姆等所谓的浪漫者其实是功利主义者。为什么？波斯纳以功利

主义世界观闻名，努斯鲍姆甚至称波氏是狄更斯小说《艰难时世》中把一切关系都货币化的葛雷因。波斯纳的发现在于，努斯鲍姆同其他许多浪漫主义的道德哲学家一样，从本质上认为“人应当幸福，这是生活中最重要的”。而波斯纳本人，如同尼采，认为生活的一切都是挣扎和痛苦，并不存在什么最大多数的最大幸福，因此对于一个人来说，只有英雄的和创造性的成就才重要。是的，波斯纳是这样一个尼采式的浪漫主义者，视人生为一个不断创造和突破自己过程，要在人生的苦役和虚无中创造意义；相反，那么认为人生仅仅是不受限制地满足自己情感、希望、意欲的浪漫主义者在这个意义上恰恰是最务实的人。难道一定要到一个叫“前面”的地方去（《过客》）的鲁迅不是比“在康桥的柔波里，我甘做一条水草”（《再别康桥》）的徐志摩更具浪漫主义和英雄主义吗?!

甚至，波斯纳对自己和他人的这一发现的意味又何止这些？仅仅从这一发现中，难道我们不就可以感受到波斯纳的对人生哲学的高度抽象思辨能力，他对语词与事物关系的把握，以及他对人和事物的总体把握和平衡?!

这确实是一个绝顶聪明的学者

四

1999年底，《美国法律人》杂志年终刊评选了100位20世纪最有影响的美国法律人，自然有霍姆斯、汉德、卡多佐等已故法官、学者、也有不少实务律师、法律活动家，其中有13人有专文介绍，其中之一就是波斯纳。当时的哈佛法学院讲座教授、现任斯坦福法学院讲座教授理查德·莱西格（曾担任过波斯纳的法律助手）撰写

了一篇极为精炼且很有意味的、题为《多产的偶像破坏者》的波斯纳简介，也许有助于我们理解一个全面、复合的法官、学者波斯纳。经莱希格教授同意和杂志社的授权，我将这一短文翻译如下，作为这一文丛译序的结尾，在必要的地方我还加了脚注。

理查德·波斯纳自1981年以来一直是美国第七巡回区上诉法院法官，自1993年以来一直担任首席法官。他是著述最丰的联邦法官，前无古人。任职上诉法院，却仍属最多产的法学家之列。同样前无古人。如果引证率可以测度影响力，那么当仁不让，波斯纳是在世的最有影响的法学家，他的30本书、330篇论文以及1680篇司法意见[5]都是引证最多的；同时也属于受批判最多之列。

人们称波斯纳为保守主义者，但真正保守主义者也许会质疑他是否忠诚（因为他怀疑原初意图论，批评反毒品战）。他是法律经济学运动的创始人，但他对法律经济学的影响却不限于此。他既是这一运动的詹姆斯·麦迪逊，又是亨利·福特[6]：他把一套关于法律规则与社会结果之间关系的实用主义见解（规则如何影响行为；行为如何更能适应相关的法律规则）都投入了生产，他把这套方法运用于无穷无尽的法律题目，运用于一切，从合同和反托拉斯到宪法的宗教条款以及法官行为。

法律经济学运动的前沿看上去很怪，但任何学科前沿

[5] 虽然只过去了两年，这些数字都已经大大过时了。到2001年时，波斯纳仅著作数就已经增加到37本。

[6] 詹姆斯·麦迪逊是美国宪法的主要设计者之一；而亨利·福特美国汽车大王，推动了汽车的产业化。

的特征从来都是让常人觉得"怪"，尽管这个运动的特征并不怪。也许，哲学家对法律经济学进路的基础会很气不过，但随着这一运动的成熟、挣脱了其早期的政治影响，法律经济学如今已改变了法律的全部领域。

如今，我们全都是法律经济学家了！今天的公司法和反托拉斯法已经令在它降临前的法学院毕业生"相见不相识"了；如今40多岁的人也许受了很多管教，对法律经济学的简约论、反再分配的倾向疑心重重，尽管如此，法律经济学的见解如今已是常规科学。当年罗伯特·鲍克的《反托拉斯的悖论》第一版运用了许多法律经济学的论点（其中有许多都来自波斯纳），他嘲笑联邦最高法院有关反托拉斯法的学理；而到了第二版，鲍克就不得不承认，尽管还有点扭扭捏捏，最高法院基本上已得到拯救。但波斯纳厌倦常规科学，尽管他的如今已经出了第五版的《法律的经济学分析》涵盖了法律的全部地带，但波斯纳晚近的兴趣却还是在其边沿。

在过去的几年里，波斯纳写作的题目有些与性的规制相关，其中还包括一本有关艾滋病的著作。他还把经济学镜头对准了老龄化。他考察了引证率，努力测度了另一位非同小可的法官本杰明·卡多佐的影响。他还是"法律与文学"运动的一位中心人物，并就法理学、道德理论和司法行政管理问题有大量著述。在他1995年的著作《超越法律》中，他坚定确立了一个承诺，很可以抓住他的个性：没有单独哪种进路，包括法律经济学，能永久地捕获法律的复杂性。

但波斯纳心目中的英雄并不是经济学，也不是美国联

邦党人；而如果还有的话，那就更多是霍姆斯。霍姆斯作品的特点，也就是波斯纳作品的特点，具有朴素、直率之美（波斯纳在司法意见中从没用过脚注）。他的司法哲学的风味是实用主义，并且怀疑高级理论。

而这也就是波斯纳手笔的标志，并且波斯纳是确实真有手笔。与大多数法官不一样，波斯纳从来都是自己动笔撰写司法意见。雇来的法律助手只管批评挑剔，而他自己动手写作。在一个法官有如此巨大权力的制度中，这是一种伟大的德性。写作会制约人。当一篇司法意见“不管怎样，就是写不下去”时，波斯纳就会改变他的思路。

因为波斯纳有他自己的生活。波斯纳的童年是左翼的（一个著名的故事是，他曾把自己的电动玩具火车送给了卢森堡夫妇[7]的孩子），此后他逐渐右转。当年，他的本科教育是英国文学；如今，他的影响却是在经济学。他当过法官亨利·弗兰德利和大法官威廉·布南能的法律助手，后来又出任过瑟古德·马歇尔的下属，[8]但波斯纳的思想属于他自己，似乎没有受这些导师的影响。他无论是主动的还是被动的变化，都出于他的问题，或来自他对对象的质疑。没有谁可以声称波斯纳属于自己这一派。

波斯纳法官的杰出之处还不仅这些。波斯纳写作就不是想让人舒舒服服（他最新的著作，有关弹劾克林顿的

[7] 卢森堡夫妇50年代初因被指控为苏联的原子间谍而处死；成了美国历史上唯有的被处死的白领人士。

[8] 这些人都是著名法官，尤其是后两人都曾长期担任联邦最高法院大法官，是自由派大法官的“灵魂”人物和中坚；同时马歇尔还是是美国历史上第一位黑人大法官。

《国家大事》，肯定不会让任何人舒服。），当然，这倒也不是说他写作就有意让人不快，或是要让人犯难。仅此一点就区分了他的语词世界与那个以符合民意调查为宗旨的语词世界；也就区分了他与公共生活领域内的几乎任何其他人。也因此，哪怕有种种更好的理由，波斯纳也完全不可能被任命为联邦最高法院的大法官。波斯纳从没想过要保持智识的诚实，他只是诚实而已。他让过于简单的分裂双方都很失望。他写作严肃且涉及广泛，目的只在参与。这是位不懂得算计的经济学家和公众人物，在他身上，确实有些世所罕见的和非同寻常的东西，或许还有点反讽。但这正反映了波斯纳最深刻的信念：一个学者——进而一个法官——的最大罪过就是循规蹈矩。

我们的制度并不奖赏他的这种德性。但，它仍然是一种美德。

希望本丛书的出版不仅仅是有助于我们理解波斯纳和与他相关的学科，而且还有我们自己以及我们的事业。

苏　力

2001年9月8日

于北大法学院

思想的组织形式

——《正义/司法的经济学》译序

这本书是波斯纳比较早出版的一本著作。据2000年的一个有关法学引证率的研究，到当时为止，这是他的著作中为人们引证最多的一本；这在一定程度上，就足以证明其重要性了。[1]

在波斯纳学术思想发展中，这也应当是一本重要的著作。波斯纳在写作此书时，是法律人和法学教授的身份；而就在该书首版的当年，波斯纳被任命为联邦上诉审法院的法官，开始了另一种法律人的生涯。法官生涯在一定程度上影响了他的学术创作，影响之一就是，在波斯纳担任法官的头几年，发表的论文明显少于1981年，而到1985年后，他又开始恢复了原来的学术创造力。[2]

影响之二是，尽管法学院教授和法官同为法律人，也尽管美国

---

〔1〕该研究发现，此书是1978年以来美国法学学者发表的所有专著中引证最多的之一；并且，在波斯纳的所有著作中，这本是引证最多的。Fred R. Shapiro, "The Most-Cited Legal Books Published Since 1978," 29 *Journal of Legal Studies* 397, (2000), p. 401. 在50本引证最多的著作中，波斯纳有4本，其他3本为《联邦法院》(1985, 1996)、《法理学问题》(1990)以及同兰德斯合作的《侵权法的经济学结构》(1987)。必须注意这里的时间对这一研究的意义之限定，因为在著作水平相同的条件下，显然发表早的著作相对说来会引证更多；事实上，这也是波斯纳著作的引证格局。

〔2〕根据我的粗略统计，1981年，即波斯纳出任法官的1年，他发表了10篇论文、1篇书评，2本著作；1982年发表5篇论文、1篇书评，1983-1984年，波斯纳分别发表论文3和4篇；1985年发表了5篇论文、3篇书评、1本新著；1986年，他发表了6篇论文、3篇书评、1本著作。

法律界传统一直非常重视“理论联系实际”（但没有这样的口号，只是有这样的传统而已），但法官生涯与学者生涯毕竟有相当大的差别；乃至两年之后，波斯纳在此书再版前重读此书之际，恍若隔世，不由得感叹自己“似乎在阅读其他人写的东西”（1983 年版序）。

确实，在波斯纳此后的著作中，我们发现了更多的变化，其中最突出的可能有两点，一是更多关注了司法的问题，也融入了更多的法官的经验和感悟。例如，他出任法官后的第一部新作就是 1985 年的《联邦法院》。二是这种对司法问题的关注也导致了他的学术思想有比较明显的变化，变得更务实了，同时也更理论了，产生了波斯纳牌号的实用主义法哲学，标志是 1990 年的《法理学问题》。

一

本书的主体有四编。第一编集中讨论正义与效率的问题。讨论这个问题实际上是波斯纳试图为此前他建立的法律经济学分析奠定一个哲学伦理学的基础，试图从财富最大化出发建立一种总体化的社会理论。因此，这一时期的波斯纳还更多是一个基础主义者，与他后来在《法理学问题》第五编中宣称的“没有基础的法理学”形成了一个鲜明的对照。之所以要做出这一努力，原因在于，自打其建立以来，法律经济学一直面临着来自传统的政治、法律、伦理哲学的抨击，认为法律经济学以效率替代正义（公正），是一种粗鄙的功利主义，是不道德的，而且也是不现实的。这种抨击至少看起来可能阻碍法律经济学的推广和接受。为了推广法律经济学研究进

路，在理论上说服那些怀疑者，波斯纳必须回应这一质疑和挑战。因此在这一编中，波斯纳至少试图阐明两点：第一，经济学并不等于功利主义，至少不是边沁牌号的“最大多数人的最大幸福”那种功利主义；相反，在某些方面，经济学与功利主义是对立的（例如经济学强调的个体本位，因此是自由主义的；而边沁的功利主义是集体本位）。其次，经济学的财富最大化原则是符合正义的，与20世纪70年代罗尔斯提出的以契约论为基础的正义理论不仅不矛盾，而且相通，因此完全可以作为社会乃至法律的伦理和政治基础。波斯纳甚至花费了许多精力探讨了罗尔斯的正义论对经济学家研究成果的借鉴，或论证了两者的相同之处（本书第4章）。在此基础上，波斯纳认为经济学可以作为或扩展为一种社会理论。

后来的经历则表明，波斯纳的努力失败了。失败有两个层面。一是在德沃金、科勒曼（Jules Coleman）和克隆曼等人强有力的道德哲学和法哲学抨击下，波斯纳不得低头认输，承认自己无法融贯地以财富最大化为基础建立一个社会理论。其实，这个失败是注定的，因为按照哥德尔定理，一个理论体系的核心命题是不可能在这个体系内证明的。这是基础主义的失败。因此，在本书第二版序言中，波斯纳明确告诫读者要“以本书第一编所意图的精神来接受这一编所阐述的伦理理论：这是一个思索推测的主题，而不是一幅社会行动的蓝图”；他把自己的努力更多视为一种思想的探索，而放弃了经济学在此可能具有的全面的规范性寓意。

失败的另一方面是波斯纳当初的担心。尽管没有一个强有力的哲学、伦理学理论基础和理论论述，但这并不构成人们接受法律经济学研究进路的障碍，到了20世纪80年代，法律经济学就席卷了美国法学院和法律实务界，成为法学的主流，甚至当年的批判者德沃金和克隆曼也在不同的场合感叹，这几乎是当今美国惟一的法学

流派了。[3] 确实，人们接受或不接受一种理论或实践，并不取决于理论的逻辑，而取决于事物的逻辑，不取决于论证是否有力，而取决于运用起来是否有力。因此，这是……至少在我看来——一个并不令失败者懊恼反倒令胜利者有些尴尬的失败。

本书的第二编，在我看来，作为理论，可能是本书最有价值、最富有洞察力的一编，其视野相当开阔，但分析即为简洁凝练，却细致入微。这也是我最早翻译的一编。这一编以经济学为武器从总体上相当全面地解说了初民社会（前国家社会）以及农业社会基本结构以及治理制度和实践的主要方面。其中的一些题目甚至蕴含着波斯纳后来的一些专著，包括《性与理性》、《衰老与老龄》的基本思想和思路。其中第5章通过分析荷马史诗中的古希腊“国家”，勾勒了国家和治理（正义/司法）的起源及其基本理论框架；第6章勾勒了初民和农业社会的社会基本结构；第7章集中讨论了这种社会中的“民事法律制度”，其中包括了处理今天我们认为是属于刑法问题的一些制度；第8章则着重讨论这种社会中的“刑事法律制度”及相关的意识形态，例如报应刑和民间的子孙（亲友）报应（pollution）。这一系列分析不仅解说了一个社会的基本的“法律制度”或“准法律制度”是同社会的经济发展水平相联系、是对特定社会条件的调适（adaption）因此具有语境化的合理性这样一种在我们看来完全是历史唯物主义的法律观，而且波斯纳从信息经济学角度切入的分析更为精细、雄辩和令人信服。

我认为这一编很重要；当然，这种判断与我的兴趣和知识背景有关。在我看来，这一编可以作为理解传统中国社会及其社会制度、风俗习惯的基本理论框架和工具之一，因此可能对理解当代中

[3] 例如，Anthony T. Kronman, *The Lost Lawyer, Failing Ideals of the Legal Profession*, Harvard University Press, 1993.

国社会转型及其存在的一系列问题，并进而对预见和把握未来有某种指导作用。应当说，波斯纳在这里的勾勒都是粗线条的，他所做的工作主要还是对第二手材料的整理、综合、解说，并且是对“理想型”的分析，因此，在一些地方未必详尽细致，但是其理论的解释力以及潜在的指导意义非常重要。

此外，这一编在一定程度上还可以视为对第一编正义和效率理论的一个制度分析个案。也因此，波斯纳将这一编命名为“正义/司法的起源”。

第三编比较细致地讨论了私隐问题，并对美国联邦最高法院的20世纪60－70年代的一系列重要私隐判决中隐含的法理进行了辨析。其中在我看来——特别是同本书第二编联系起来考察时——对我国目前有关私隐诉讼最重要的一点启示在于对私隐保护必须要有适度的限制。波斯纳指出，私隐权在很大程度上就是要保持信息的秘密。但是为什么要保护一些信息的秘密呢？仅仅是因为有些人不希望知道他的秘密吗？如果这个秘密对其他人的决定和行动没有消极的影响，当然应当予以保护，因为没有谁希望自己总是处在一种众目睽睽之下；但如果在私隐名称下隐藏的信息对社会上其他人的行动决策有较大的负面影响，那么对这种私隐之保护就可能必须受到某些限制。为什么？波斯纳的论证是，就总体而言，信息流通是社会知识和财富积累和增加的必要条件之一，现代的富裕发达繁荣的社会都建立在信息的自由流动之上，人们可以充分地利用这些信息做出对自己有利并可能对社会也由利的决策（例如知识创新同时增加自己的收入；例如防止自己或他人上当受骗）。初民社会，由于种种原因，一方面信息的交流、记录、保存不够，因此知识很难累积，另一方面为了克服信息费用过高的问题，初民社会又形成了一系列不利于私隐和秘密形成、交流和获利的制度，大大限制了创

新，因此社会陷入了一个恶性循环。当然，波斯纳的论证并不是说现代社会不应保护私隐，而只是证明了对私隐的保护不能是无限的，不能因为什么东西一贴上私隐就具有了神圣意味了。这不是法律，这是迷信——迷信某些词的神奇。事实上，波斯纳的这一论证隐含了对言论自由的支持，但这种论证不是从什么“人权”、“基本权利”的政治哲学概念出发，而是从信息经济学的角度做出的在我看来更有说服力的论证。

第四编同样从信息经济学的进路切入，集中分析的是美国社会中种族歧视问题。但是，波斯纳的分析不是道德哲学的谴责，不是把种族歧视以及其他类型的歧视视为一种道德上的邪恶或智力上的毛病。他分析了为什么普通的“好人”、“正常人”也常常会歧视。分析表明，这里最重要是，当信息不完备时，人们往往会、甚至必须借助于人的某些外在标志——例如种族、性别等——来判断人，以节省搜寻信息的成本，尽管种族等外在标志并不一定能很准确地反映某类人的特点。其实，人们在日常生活中经常使用这种分析方法。例如，为什么有些雇主会歧视女性（规则性的排斥女性）？因为，女性一般说来体力更弱一些，传统上更少交涉能力，尽管也有少量女性比男性体力更强，更善于交际。因此，如果某个行业的工作需要体力、需要交际能力或是需要某种一般说来女性略为缺乏的能力，那么就会对这个工作的应聘者采取一种歧视规则，比方说只招男性。其目的仅仅是为了节省一个个鉴定、甄别获得准确信息的费用。这种现象相当普遍。有些工作单位往往强调文凭，甚至只招收某些名校的学生（在有些情况下甚至不招收名校学生）；从军入伍有规定的身高、体重要求；包括某些青年女性把某种确定身高的男子视为“半残废”，不在其谈恋爱对象之列；道理都是一样的，都是为了减少信息费用。这种歧视性的规则对于这些行动者——无

论是个体还是企业——来说，尽管也可能错失了某些机会，总体说来却是财富最大化的。

这种分析并没有证明歧视合理。相反，在确定了法律是要最大化整个社会的财富这一目标时，这种分析例证了——至少——哪些是合理的区别对待（也就是歧视），哪些是不合理的歧视；我们可能如何纠正这种歧视，特别是对少数群体的歧视；以及法律在多大程度上可以有效纠正这种社会不可欲的歧视等等。根据经济学原理，波斯纳指出，歧视少数对受歧视的少数人危害更大，因为少数人的信息和其他物质交流的范围更小，他们更少自给自足，因此比多数派更多依赖与群体之外的交流。这一分析同样指出了信息费用的重要，指出了信息自由流通对于现代社会的重要意义。

二

如果就所涉及的问题来看，这四编是非常分散的。这是一本专著吗？许多中国法学家可能都很不习惯这种论著方式，会更倾向于认为这是一本论文集。这种说法并不错，但这又的确是一本专著。不仅其理论主线非常清楚，而且《引论》一章，也从另一个角度强调了本书研究的问题的一致性：所有这四编研究的都是非市场行为的经济学。

关于这个问题，我也许应当多说几句

如果从结构形式上看，波斯纳的著作，除了作为教科书的《法律的经济学分析》外，大致可以分为三类。第一类集中关注一个主题，展开论述，典型的如《法理学问题》、《反托拉斯法》、《联邦法院》以及《道德与法律问题的疑问》。这类著作主要是依据传统的

论题来组织结构著作，结构上比较古典。第二类著作的主要结构框架是从法律的角度切入一个先前法律较少染指的领域或社会现象，例如《法律与文学》、《性与理性》、《衰老与老龄》、《公共知识分子》以及本丛书未翻译的波斯纳关于艾滋病的研究。作者借助一个个题目来讨论一系列与之相关的问题。例如，《性与理性》不仅讨论了一些有关性的理论、历史问题，并且具体讨论了与性有关的一些常规的法律和政策问题，涉猎的时间、空间和学科都非常广泛。又比如，《法律与文学》不仅对这一领域进行了理论的论争，而且有单独一编讨论一些有关版权和著作权问题。

第三类著作则看上去主题更为松散，各编之间的问题乍看起来似乎没有什么联系；但如果仔细一点，就可以看出联系各编、章之间的主要是一条理论线索。例如，联系《超越法律》各编、章的主要是实用主义；尽管各章讨论的问题非常不同，也非常具体，但汇聚起来给人的总体印象是：法律不是一个自给自足的学科，必须以一种实用主义的态度，汲取各个学科的知识，超越法律。《法律理论的前沿》则从经济学进路切入5个相关的社会科学领域，不仅展现了交叉学科研究的必要性，在了解了其他学科对法学的贡献之际，接受了“超越法律”的观点，而且看到了这些相关社会科学的理论逻辑的一致性。《正义/司法的经济学》就是属于最后一类的一本著作。

必须指出，我的这种分类是粗略的，只是一种便利。事实上，在波斯纳的著作中，最主要的结构方式是理论进路，至于主题和领域都不过是外在的结构形式。在这个意义上，甚至可以说波斯纳的所有著作大致都构成了一个整体。应当注意，正是这种思想逻辑的整体感标志了一个学者思想的成熟，由此在学术世界中构成了他的独特性。当然，这并不是说波斯纳观点始终如一（这意味着没有发

展），也不是说波斯纳的著作中没有前后不一致的地方，而只是强调波斯纳思想理路的一致性。

我指出和强调这一点，这是因为当代中国的法学著作很少关注理论思路的一致性，很少关注思想的另一种组织方式。在当代中国，法学著作的基本结构方式一直主要是学科和二级学科，这就是所谓的教科书的写作方式和结构方式。至今为止中国的大量法学专著都是以这种结构方式出现的。还有一种主要的著作结构方式则是时间、人物或由于我们习惯的分类系统而化归一类的社会现象，例如中国古代的XX，XX的法律思想，某国的制度，某某制度的比较研究，论XX，等等。学术著作采取这两种主要的组织结构方式是完全可以的，但我们必须注意的是，这种“自然的”单位例如时间、人物、制度、学科、领域并不天然有权利界定著作的结构方式；相反，这种合理性有时本身就需要论证，这些所谓的自然的单位都是文化的构建，往往有某种功能，[4] 但并不注定只能如此来结构著作和整合思想。如果我们只是习惯了并认准了这种结构方式，不深入思考，有时就会使我们在阅读他人学术著作时忽略对学术理路脉络的关注和辨析；而自己写作时，也往往只想也只会照葫芦画瓢。尽管从篇幅上、范围上、章节编排上把某个问题写得很像是一本书了（尽管也就是一本书），但是由于内里缺少理论上的主线，没有学术的问题，没有内在的逻辑联系，因此往往只是一些观点的罗列（甚至是冲突的）。在这样的著作中，作者接受不接受某种观点的全部理由就是“我比较赞同XX”之类的话；至于为什么赞同，为什么不赞同，或在什么条件下为了什么目的赞同或不赞

〔4〕关于这一点，借助于“作者”，更细致的分析，可参看，福柯：《作者是什么》，集于《最新西方文论选》，王逢振、盛宁和李自修编，漓江出版社1991年版，页449－450

同，全都没有交代，或者没有令人信服的交代。或者著作成为资料的汇集，并且还很不完整，令人不敢放心。这种著作让人读起来常常令人感受不到兴味。事实上，在我国法学界，人们常常问的是"你研究什么"，而很少关心"你的研究进路是什么"；因此一些学者在同一时期的著作甚至论文都会有明显的思路的不一致。

正是鉴于这个问题，我认为，波斯纳的这类著作的结构方式，应当给我们以某些启发，重新理解学术专著的意味。事实上，现代社会科学学术专著的一个显著特点就是从先前主要靠"自然"现象（历史、人物）或学术史构成的问题（正义、真理）或学科（法学、民法）作为学术著作之组织结构的基本单位转向了更多倚重著作的内在结构。在一些领域，现象或问题外观的相似性已经让位给研究对象"背后的"（其实无所谓背后，背后是相对于我们更容易甚或是更习惯看到那些东西而言的）理论逻辑的一致性和融贯性。例如，罗尔斯的《正义论》之重要，其实并不是像许多中国法学家认为的那样是对正义这个古老问题的最系统、最全面或最正确的阐述，其成就在于这是到目前为止康德传统正义观的一个逻辑上最强有力的阐述。也因此，福柯的《监狱的诞生》之重要并不在于它是一部精确的或正确的刑罚史（其实，有不少学者对福柯的这一关于监狱性质之阐述提出了各种类型的质疑和反驳），而是对刑罚制度变迁的另一种理论进路的分析。也正因此，许多看似根本没有讨论——例如维特根斯坦的《哲学研究》——或没有讨论多少——例如科斯的《企业的性质》、《社会成本问题》——法律的著作才变成了影响法学思想变迁的重要著作。社会科学著作的这一转变，应当说，进一步实现了思想的力量，实现了研究者的主观创造力和理论的结构力，同时也改变了学科的传统。这一点如今可以说是传统的教科书与当代学术专著的一个重要区别。缺乏这一点，即使一本篇

幅很长、资料很全的书也很难称之为一本严格意义上的学术专著；更谈不上理论上的贡献。

这一点应当引起喜好理论思维的中国法学界学者的更多的思考和反思。

三

当然，让中国学者感到这本著作更像论文集的可能还与本书的一个关键词——“Justice” ——有关。这个词在英文中（甚至西文中的类似语词）通常同时具有中文中“正义”和“司法”两种基本含义，并且在英文中这两种含义还很难断开。波斯纳的这本著作恰恰讨论了这两个（?）方面，因此他用 justice 这个词来统帅全书，完全妥当 但在中文中，正义与司法这两个词的差别相当大；因此很容易让中文读者感觉各编、章主题的脱节。也由于这个原因，此书的标题—— *The Economics of Justice* ——无论是翻译为《正义的经济学》或《司法的经济学》都有所不“达”；我权且译作《正义/司法的经济学》，力求兼顾。当否，还请方家指正。

但是，指出这一点并不在于讲中英文（以及其他文字）的一些词（其实是或几乎是所有的词）不可能对应翻译这样一个简单道理。更深的问题是语词意义的结构性、社会性、语词具有的暗示性分类能力以及语词意义对于传统和语境的依赖。稍微了解一点索绪尔或维特根斯坦的人，或虽不了解但比较精细、敏感的人都会知道或感觉到，语言（在索绪尔那里称之为“言语”）与语言所指的现象的关系是专断的，其边界也是专断的，是特定社区的人们在长期演化出来的，语言并不是对客观世界的描述，语言不表现事物，语

言的功用是多样的，语言的意义在于使用，语言是生活的形式等；因此，抽象地说语词精确不精确是荒唐的。因此，当出现这种翻译上的“别扭”时，并不意味着哪种语言错了，而且也不应当关注这样的问题，而首先应尊重翻译的习惯惯例；但如果愿意，则可以进一步在价值无涉的立场上通过这种“别扭”尽可能理解这些别扭的语言在各自的语境中是如何使用的，理解它们是如何同各自语境中其他广义上的行为联系起来的，从而扩大我们对他文化的理解，也扩大了对本文化的理解，在这一过程中增强自己对世界万物的理解力和敏感。我们认为理所当然的世界的联系和事物分类并不“天然如此”，在很大程度上，它与我们习惯了的语词的常规约定有关。因此，正义与司法在英文中的关联并不意味这两者只能放在一起分析，而两者在中文中的分离也并不意味着两者必须分别处理。这里的别扭既不意味波斯纳错了，也不意味我们错了。对错，完全取决于我们以哪一种语言体系作为标准（而不是作为真理），以及我们要干什么。还是庄子的话：“以物观之，自贵而相贱”，而“以道观之，物无贵贱”。

这一点，中国法学界中可能有许多人都会认为是庸俗的相对主义，其实不是。南方人可能称一种食品为“馍馍”，北方人则可能称其为“馒头”；东北人会称一个人“俊”，广东人则称之为“靓”，其实无论这些单个的词所指的东西或性质（其实那是你的主观感受，如果是大猩猩，它会认为你的那位“靓”很丑）或其表达的意义没有太多差异（细微的差异只有在具体的语言系统中和使用中才能察觉）。

也许有人马上会指出这些词与“justice”不一样，因为后者是神圣的、高贵的，而前者是中性的（但也不一定，所谓“俊”就有主观的评价）。但实际上，词本身是没有高低贵贱之分的，不过是

一个指称和分类系统罢了，不过是便利了交流意义罢了。你可能觉得大粪脏（虽然你还是每天要上厕所），但你不能因此就讨厌大粪这个词；你可能爱上一个美丽的人，但决不会向“美丽”这个词领结婚证。我们不要因为看了一些由大词组织的话语及其传达的意思激动起来了，就以为是这些词让你激动了。否则，还不如那些看“毛片”自慰的人。

这里的观点也可以延及其他法律制度和人。一个制度或一个人并不因为有什么名号而高贵起来或堕落下去，其高贵或堕落全在于它或他或她在一个特定语境中的对人或人们的实际作用。我们剥夺一位收受贿赂的法官之法官头衔其实不是因为他不符合法官的名号（尽管我们常常会这样说），不是因为法官这个头衔中要求我们这样做（词本身不具有规范意义），而是因为我们不想把这个头衔给这个人，是因为我们在特定语境中赋予这个词某种规范意义。

说了这一番很多余的语言哲学的常识；也许并不多余。因为我担心，由于对justice这个词中译的简单辨析，弄不好，会给中国法学带来一些“论文”。说不定有谁会浮想联翩，撰文论证：由于英文中司法与正义同词，因此反映了制度与价值的同源，而中国历来正义与司法分词，因此中国历来正义与司法分离，因此反映了中国法律传统或文化的问题等等；说不定还会还会有谁建议把中国最高法院的大法官改为“正义官”——理由是美国联邦法院的大法官名为Justice——以期进一步推进中国的司法改革。在今天的中文符号世界中，说什么不可能简直是不可能了。

苏 力

2002年2月5日

于北大法学院

第一版序言

本书的论文处理四个主题：正义的效率或“财富最大化”理论；初民以及古代社会的社会制度（包括法律制度）；私隐以及相关利益的法律经济学；以及对种族歧视和“积极补偿行动”的宪法性规制。如同在第一章解说的，这些主题看起来互不相关，但从经济学的立场上看，它们就转而成了相互关联的主题。

我大致是在约翰·罗尔斯的意义上使用“正义”这个词的。“对于我们来说，正义的首要主题就是社会的基本结构，或者更确切地说，是一些主要社会制度分配基本权利和义务并确定分割社会合作之获利的方式。所谓主要制度，我理解的是政治构成以及主要的经济和社会安排”（*A Theory of Justice*，1971，页7）。本书并不是对“政治构成以及主要的经济和社会安排”的全面分析，但是它确实考察了一些重要的政治、经济、社会和法律安排，并且努力展示经济学分析何以可能推进我们对这些制度的理解。本书是非技术性的，是写给法律人和经济学家看的，同样也是写给哲学家、政治科学家、历史学家、人类学家、社会学家以及古典学家看的。如果本书就其所涉猎来看似乎过于雄心勃勃，我可以辩护的只是强调：本书是探索性的，而不是界定性的。

我希望我能提及更多的朋友和同事，他们大有帮助地评论了收入本书的出版前的论文初稿。我特别想感谢加里·贝克尔（Gary Becker）、李尔·布里尔梅尔（Lea Brilmayer）、罗纳德·科斯（Ronald Coase）、居勒斯·科勒曼（Jules Coleman）、弗兰克·易斯特布鲁克（Frank Easterbrook）、理查德·埃博斯坦（Richard Epstein）、查尔斯·

弗里德（Charles Fried）、保罗·弗里德利希（Paul Friedrich）、维克多·法赫斯（Victor Fuchs）、杰克·赫希勒佛尔（Jack Hirshleifer）、格利斯·琼斯（Gareth Jones）、斯坦利·凯兹（Stanley Katz）、安东尼·克隆曼（Anthony Kronman）、约翰·兰拜因（John Langbein）、威廉·兰德斯（William Landes）、伯纳德·梅尔策（Bernard Meltzer）、弗里德利希·普利尔（Frederic Pryor）、詹姆斯·雷德菲尔德（James Redfield）、斯蒂文·夏威尔（Steven Shavell）、乔治·斯蒂格勒（George Stigler）、杰弗里·斯东（Geoffrey Stone）以及詹姆斯·怀特（James White）。他们各自对本书的某一章或某几章作出了重要贡献。我还要感谢芝加哥大学、纽约大学、宾夕法尼亚大学、牛津大学社会法律研究中心，水牛城纽约州立大学、佐治亚大学以及公共选择学会的各个讲演工作间的支持者、参加人以及听众，这些论文中有些就是在那里第一次提交的。

在我研究本书中的好几章中，罗伯特·波吉瓦兹（Robert Bourgeois）都是一位专注且有效的助手；卡罗·库克（Carole Cooke）、高登·科洛维茨（Gordon Crovitz）、多纳·帕特森（Donna Patterson）、海伦·瑟若塔（Helene Serota）、苏珊·斯塔肯博格（Susan Stukenberg）以及帕米拉·特洛（Pamela Trow）也为研究提供了珍贵的协助。我感谢芝加哥大学的经济学和国家研究中心，感谢芝加哥法学院法律经济学研究项目，它们为我的研究提供了财政资助。最重要的，我想感谢那些影响了我的进路的一些经济学家：加里·贝克尔、罗纳德·科斯、阿隆·迪莱克特（Aaron Director）以及乔治·斯蒂格勒。没有他们在智识上的指引和启发，就不会写出这里汇集的论文。

所有各章，除了第1章外，都曾以某种方式发表过，但为了出版此书，都作了很大的修改。第2章基于 *Journal of Law and Economics*（1976）第19卷发表的一篇论文、第3章基于 *Journal of*

1983 年版序言

作为一位联邦上诉法院法官，在两年几乎完全沉浸于一种与大学教学和研究非常不同的活动之后，重新阅读这本书，我几乎有一种感觉，似乎在阅读另一个人写的东西；然而我并不认为应当以某种根本不同的方式重新撰写这本书。这本书的目的在于证明，在通常并不认为是经济学的社会行为领域内，经济学阐述所具有的力量和前景。尽管本书中的许多具体的经济学运用和判断都是并将长期是有争议的，但是如果读者信服了经济学进路对本书考察的主题所具有的力量，尽管不必然是无所不能，也就达到本书的目的了。

本书以两种相当不同的方式使用了经济学——实证的和规范的，并且我承认，后者的争议更大。在这个伦理学陷于无序的时代，值得拿出这种隐含于价格或价值理论中的伦理——这种我称之为“财富最大化”的伦理，把它同其他伦理的货品一起摆上柜台，在这个无序的市场上出售。但我希望自己没有把这种进路叫卖过分，从而对那些因坚定运用经济学进路而可能产生的相当奇怪的结果未能给予足够的注意。请设想这样一种状况，有一种极其稀缺的人类生长激素，严格地以市场或者说以支付意愿为根据进行配置，一个富人购买了，希望正常高度的自己能增高两英寸，他的出价可以高于一个贫穷的侏儒，而后者只是希望用这种激素来使自己达到正常的高度。无疑，你可以辩论说，允许这种人类生长激素在市场配置，这会增加生产这种激素的激励，并因此增加对每个人的供

应；但你还是会从让市场完全控制激素配置的离意前退缩。诸多伦理理论看来都会招眯并导致令人震惊的适用，但我希望人们以本书第一编所意图的精神来接受这一编所阐述的伦理理论：这是一个思索推测的主题，而不是一副社会行动的蓝图。伴随着对本书也许强调不够的地方的这一点保留，我重新提交这本书，作为对这个令人兴奋的领域——运用现代经济学来阐明一些法律与正义的问题的一点贡献。

Legal Studies（1979）第8卷发表的一篇论文以及我的著作《法律经济学分析》（第2版，1977）的第189－191页，第4章基于*Hofstra Law Review*（1980）第8卷的一篇文章以及*Journal of Legal Studies*（1980）第9卷的一篇文章。第5章基于芝加哥大学（1979）出版的*Ethics*第90卷的一篇文章。第6章基于*Journal of Law and Economics*（1980）第23卷一篇文章的第一部分。第7章基于了这篇文章的第二部分。第8章基于*Journal of Legal Studies*（1980）第9卷发表的一篇文章。第9章和第10章基于两篇文章，一篇发表在*Georgia Law Review*（1978）第12卷，另一篇发表在*Buffalo Law Review*（版权归《水牛城法律评论》所有）第28卷。第11章基于菲利普·B·克兰德和吉哈德·卡斯帕编辑的、由芝加哥大学出版的*Supreme Court Review* 1979年卷的一篇文章。第12章基于反《法律经济学分析》一书的第27章。第13章基于菲利普·克兰德编辑的、芝加哥大学出版的*Supreme Court Review*的1974年卷的一篇文章；第14章基于*California Law Review*（版权归《加利福尼亚法律评论》公司所有）第67卷的一篇文章。我感谢版权所有者允许我使用这些材料。

我感到遗憾的是，当在校对本书时，除了居勒斯·科勒曼和我自己的论文外，我才看到以“效率作为一种法律关切研讨会”为题发表在*Hofstra Law Review*（1980）第8卷上的一些论文。这一研讨会有许多论文处理的都是本书第一编考察的问题；尽管这些文章没有改变我的结论，但我还是希望有机会参引其中某些文章。好在反思后，我安慰自己，这里讨论的任何题目都还没有终结。

理查德·A·波斯纳

1980年9月

目　录

I ◎《波斯纳文丛》总译序
I ◎思想的组织形式
——《正义/司法的经济学》译序
I 1983 年版序言
I 第一版序言
1 第一章　引论：非市场行为的经济学
6 本书的规划

第一编　正义与效率

13 第二章　布莱克斯东与边沁
13 布莱克斯东的《英国法评述》
31 边沁对布莱克斯东的厌恶
39 布莱克斯东与边沁之比较
47 第三章　功利主义、经济学和社会理论
51 功利主义的一些问题
60 财富最大化作为一个伦理概念
60 财富与效用的对立
65 财富最大化、道德以及正义

76 再论对功利主义的批评
87 第四章 财富最大化的伦理的和政治基础
87 效率的共识基础
87 术语的澄清
92 财富最大化和同意原则
98 与罗尔斯之进路的比较
100 财富最大化作为一种基于同意的伦理规范的局限
102 对于法律的实证经济学分析的寓意
102 普通法为什么是有效率的
106 普通法是有效率的或是功利主义的?
106 德沃金对财富最大化的批评

第二编 正义/司法的起源

119 第五章 荷马版的最低限国家
120 有限政府分类学
121 职能
121 结构
122 问题
122 价值
123 荷马史诗中的治理和政治价值
124 职能
127 结构
131 问题

135 价值
138 荷马史诗中的社会秩序
143 荷马的个人主义
145 一些现代的类似关系
147 国家的理论
149 第六章 初民社会的一种理论
150 信息费用
153 初民社会的一个模型
153 几个假定
156 保险原则与其实施制度和价值
167 保险和多配偶制的政治方面
172 对高昂信息费用的其他原始适应
179 第七章 初民法律的经济学理论
180 法律过程
180 纠纷解决
181 发现事实的程序
182 规范的来源
184 财产法
188 合同
190 家庭法
191 细致程度
192 聘礼
195 离婚法
197 外婚制
198 侵权的严格责任制度

210 刑法
214 第八章 报应刑以及一些相关的惩罚概念
215 从复仇到报应刑，以及其他
224 亲邻报应对邻居和后代的报应刑
232 罪过与责任之争

第三编 私隐与相关利益

239 第九章 作为秘密之私隐
240 私人信息以及交流的经济学
240 掩藏个人的真实情况
250 秘密和创新
252 交流的私隐
255 私隐领域的立法趋势
257 其他私隐理论
261 私隐的侵权法
261 商业私隐
262 个人私隐
275 第十章 对私隐的一种更宽泛考量
275 私隐的词源：隐遁与自主
283 支持经济学私隐理论的证据
289 普通法以及私隐的经济学理论
290 特权交流
291 讹诈
292 殴打和人身侵犯

294 名誉侵权和贬低
307 私隐制定法运动
317 第十一章 联邦最高法院有关私隐的法理
318 格利斯沃德案之前的私隐案件
330 格利斯沃德案决定
336 自格利斯沃德案以来私隐在联邦最高法院
337 性私隐
339 与其他权利的冲突
348 记录保存
353 结论

第四编 联邦最高法院与种族歧视

357 第十二章 歧视问题的法律经济学
369 第十三章 德方尼斯案以及反向歧视
371 反向歧视的情理
380 宪法性问题
392 第十四章 贝克案、韦伯案以及未来
392 贝克案
409 韦伯案

412 索引

▼
▼
▼

第一章

引论：非市场行为的经济学

本书对一些一般不认为是经济学的问题，包括正义/司法的含义、国家的起源、初民的法律、报应刑、私隐权、诽谤、种族歧视以及积极补偿行为，作一种经济学的分析。经济学难道不就是研究经济体系、研究市场吗？而我这里所列举的活动或概念没有一个是市场的概念或活动

尽管经济学研究的传统题目的确是市场中个体和组织的行为，但是，只要对经济学家研究市场的基本分析工具稍加反思，就表明更宽泛地运用经济学是可能的。他们的工具就是这样一个假定，即人们都是自己满足度的理性最大化者。经济学的一些原则都是从这一假定中演绎出来的，例如，价格变化会影响替代品的吸引力从而会影响一种物品之数量的原则，资源趋向于其最有利使用的原则，或个体对各种可获得物品和服务所作的配置会使这些物品和服务的边际（最后一个）美元之使用对他产生同样满足度的原则；如果不是如此，他就可以通过资源重新配置来增加他的总和效用或福利。

当人们在市场交易时，我们假定人们仅仅是或主要是理性的，但当他们在生活的其他活动中，在诸如婚姻、诉讼、犯罪、歧视以及隐藏个人信息这些活动中，我们却假定他们不理性，这是否成立呢？或者说只有现代西方（或西方化的）社会的居民才理性，这成

立吗？如果理性不限于明确的市场交易，而是社会行为的一种普遍的和支配性的特点，那么这个由几代经济学家构建起来的、用来解释市场行为的概念系统就有可能用来解释非市场的行为了。

经济学的这种延伸会有多大成果？这无法从逻辑立场上回答，并且也不应当根据直觉来回答。一种观点认为，个体作决定的过程有非常严格的区分，他只是在进行某些细小交易时才是理性的，而在决定是否进法学院、是否结婚、是否逃税、是要三个还是两个孩子或是否提出某个法律诉讼时，他就非理性了，我恰恰感到这种观点不能成立，也违背直觉。但是，我可以肯定，许多读者会直觉地认为这些选择，尽管很重要（或也许正因为它们很重要），却都属于情感决策的领域，而不是理性决策的领域。因此，要测定经济学延伸到非市场领域成果是否丰硕，惟一的办法就是对非市场行为进行经济学研究，并对研究结果进行评价。

从现代经济学发展的一开始，就出现了一个人，他认为人们在所有人类生活领域中都是自我满足度的理性最大化者。此人就是杰罗米·边沁。在本书的第一部分中，他占据了一个主导的——虽然有点不幸的——角色。边沁把经济学运用于犯罪和惩罚，而近200年来经济学家一直忽略了这一点，尽管这一点对刑罚学有持久的影响。边沁不曾努力收集证据来支持自己的观点，即人们总是并且在任何地方都理性地追逐着他们的自我利益。他仅仅是断言了这一点，而此后各代经济学家显然都认为这一断言太不可能了，以至于不想检测这一点。

在现代，把经济学运用于非市场行为，这种兴趣的复活是从芝加哥大学的加里·贝克尔开始的，尽管如同在思想史上常常发生的

那样，人们也可以找到更早的先驱者。[1]贝克尔1957年出版了他的关于种族歧视的经济学博士论文，[2]从此，他、他的弟子和门生把经济学推进到一些非常不同的领域。例如，教育、生育、家庭内地时间运用、罪犯以及检察官的行为、慈善、史前的狩猎、奴隶制、自杀、通奸甚至老鼠和鸽子的行为。[3]这里不是评价这些大量不同的且常常是技术性的文献的恰当地方，并且有许多即使在经济学业内也议论纷纷，[4]但这样一些努力对经济学作出了一种新的界定：经济学研究的是理性选择，而不限于研究市场。完全可以说，正是因为有了这些文献，认为经济学进路可以阐明正义、私隐、初民法律以及对种族歧视的宪法规制，这种观点就不再荒谬了。

我对非市场行为经济学的兴趣始于以法律经济学分析或以有些令人困惑不解的"法律与经济学"而知名的领域，并且至今仍然以此为中心。本书反映出我的兴趣扩大了，包括了严格的法律领域之外的某些方面的社会经验。但本书的每一点都是从法律经济学分析中生发出来的。因此，如果我将这一领域简单描述一下，并将之同本书讨论的具体问题联系起来，[5]也许会有所帮助。法律经济学

3

〔1〕例如，西德威克于1883年就讨论了外在性，米切尔在1912年也讨论过家务生产。请看，Henry Sidgwick, *The Principles of Political Economy* 406 - 408 (3rd ed. 1901); Wesly C. Mitchell, "The Backward Art of Spending Money," *American Economic Review* 269 (1912), 重印于他的著作 *The Backward Art of Spending Money, and Other Essays* 3 (1950).

〔2〕请看，Gary S. Becker, *The Economics of Discrimination* (2d ed. 1971).

〔3〕对非市场行为经济学的最好引论是贝克尔的论文集，*The Economic Approach to Human behavior* (1976). 特别是请看他的引论。同属此类的其他分析包括，*Essays in the Economics of the Family* (Theodore W. Shultz ed. 1975); John H. Kagel et al., "Experimental Studies of Consumer Demand behavior Using Laboratory Animals," 13 *Economic Inquiry* 22 (1975).

〔4〕请看，例如，Ronald H. Coase, "Economics and Contiguous Disciplines," 7 *Journal of Legal Studies* 201 (1978).

〔5〕关于这一领域的一般概括，请看，Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (2d ed. 1977)，一个晚近的综述性论文，请看，Richard A. Posner, "Some Use and Abuses of Economics in Law," 46 *University of Chicago Law Review* 281 (1979).

分析有两大分支。较早的（分析那些规制明确经济活动的法律）至少可以追溯到亚当·斯密关于商业立法之经济后果的讨论。这些研究一直是今天的法律经济学分析中的一个重要部分，事实上，就数量而言，是其中最重要的部分。它包括了对反托拉斯法、税法和公司法的研究；公用事业和公共交通的规制；以及国际贸易和其他市场活动的规制。

另一分支，分析非市场活动之规制法，就其多数而言，都非常
4 晚近。正是这一分支为本书提供了背景。这里的先驱者是罗纳德·科斯和吉多·卡拉布雷西（Guido Calabresi）。科斯在发表于 1961 年的关于社会成本的著名论文中分析了责任规则与资源配置之间的关系。[6] 这也是卡拉布雷西独立于科斯的著述并与科斯的论文同年发表的第一篇关于事故法论文的主题。[7] 科斯观察到（几乎是捎带的，因为这不是他的论文的焦点），在解释普通法的公害原则（即统管污染以及与之相联系的各种干涉产权享用的原则）时，英国法院决定案件的方式看起来符合这个问题的经济学原则。事实上，他们展现出一种比经济学家更为肯定的、对经济学的把握，如果这完全是本能的话！科斯洞察了普通法原则的这一俭省特点，但在一段时间里这一洞察一直未得到开发。然而，自 1971 年以来，在一系列如今已延伸得相当广泛的研究中，我以及其他人考察了这一理论假说，即最好是用“法官似乎在努力最大化经济福利”来解说普通法。[8] 这一理论假说并不是说法官可以复制或事实上在复制着竞争性市场的结果，而是说，由于运用法律制度会有费用（在

〔6〕 请看，R. H. Coase, "The Problem of Social Cost," 3 *Journal of Law and Economics* 1 (1960)（这一期杂志实际出版于 1960 年）.

〔7〕 请看，Guido Calabresi, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts," 70 *Yale Law Journal* 499 (1961).

〔8〕 有关的讨论和参考，请看，Posner, "Some Use and Abuses of Economics in Law," 46 *University of Chicago Law Review* 281, 288 - 291 (1979)

任何试图以法律规则促进效率的努力中都必须考虑的费用），在这一由费用设定的限度内，普通法裁判使经济体系更接近因有效竞争（一个运作起来没有重大外在性、没有垄断或没有信息问题的自由市场）而可能产生的结果。

对法律规则、制度、程序以及后果的许多研究都发现了证据，支持普通法具有这种隐含的经济结构。这些研究并不限于一些偶然的事件，在这些事件中，法院几乎是明确采用了法律的经济学表述，比方说，勒尼德·汉德法官有关过失的公式。[9]他说，所谓过失就是当细心的成本（他称之为“警惕的责任”）小于事故发生概率与事故发生可能造成之损失的乘积时却还是未能细心。一位经济学家会称这一乘法运算为该事故的预期费用。汉德公式是对经济学上有效率的细心概念和过失之概念的一种尽管不完美但可以接受的最近似表述。[10]但是普通法的经济学结构要比这更为精细。在对各种法律教义的广泛分析中，经济学家和有经济学头脑的法律人都已经发现，这些法律都很不寻常地遵循了经济学。一些零散的例子有，侵权法中的风险自担、最近因、合同法中的错误和欺诈、恢复原状的诸多原则、“道德考虑因素”原则、水的产权结构、连带侵权法以及海商法的救助规则等。[11]

5

---

〔9〕 请看，United States v. Carroll Towing Co., 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947); Conway v. O' Brien, 111 F. 2d 611 (2d cir. 1940).

〔10〕 请看，John Prather Brown, "Toward an Economic Theory of Liability," 2 *Journal of Legal Studies* 323 (1973); Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* 122 – 123 (2d ed. 1977).

〔11〕 请看，Posner，前注〔8〕，页290的参引文献；William M. Landes & Richard A. Posner, "Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis," 9 *Journal of Legal Studies* 517 (1980).

本书的规划

本书第一编处理的是作为财富最大化（这已经指导了普通法的实证经济学分析）的效率概念与一个可接受的正义概念之间的关系。效率与正义的关系本身就是一个很有意思的题目，但是我对它的兴趣主要来自偶尔有人认为效率理论不能成立，因为没有哪个法官可能受财富最大化这样一个粗糙正义概念的指导。[12]一种可能的回答是，法官的偏好并不进入他的判决。已经有研究表明，哪怕法官的决定都是随机的，普通法还是会沿着效率的方向演化，[13]但这一论证只有基于一些强有力的假定才很有说服力。[14]我则有另一种回答。我的回答是，我所界定的效率就是一个足够的正义概念，它可以言之成理地灌输给法官，至少在普通法的审判中。最后，支持这一结论的理由也指出了一条路，这条路通向的是普通法的效率理论与目前在立法经济学分析中占支配地位的利益群体和再分配理论的中和。第一编还试图阐明作为法律与政治行动之指南的经济学与古典功利主义之间的区别。

本书第二编处理的是初民社会，包括古代社会中的社会与法律秩序问题。许多普通法教义都有古老的根源，并且大多数初民社会的法律都像普通法本身一样，是习惯性法律而不是立法制定的或法典化的法律。[15]因此，看起来值得探讨的是，普通法的经济学理

〔12〕 请看，例如，Frank I. Michelman, "A Comment on Some Uses and Abuses of Economics in Law," 46 *University of Chicago Law Review* 307 (1979).

〔13〕 请看，Posner，前注〔8〕，页289注〔31〕中的参引资料

〔14〕 请看，William M. Landes & Richard A. Posner, "Adjudication as a Private Good," 8 *Journal of Legal Studies* 235, 259 – 284 (1979)

〔15〕 本书将在第6章对习惯性法律作更精确的界定

论是否可能很好地解说初民社会的法律。进而，对初民社会法律的研究也许会说明对普通法进行实证经济学分析中存在的一些问题。其中问题之一就是，为什么在19世纪作为一般责任标准的严格责任相对于过失责任衰落了。与之相关的是要注意严格责任是初民法律中的一般责任规则（有时还不仅是侵权责任，刑法责任也如是），因此追问初民社会有哪些特点可能解说初民法律与现代法律之间的这一差别。事实上，我开始研究初民法律和社会时提出的问题就是，为什么严格责任在初民社会的责任体制中，而不是在现代社会的责任体制中，会表现得如此突出。

第三编首先提出一个关于私隐以及相关利益的经济学理论，然后追问这些相关的普通法教义（包括不正当竞争、袭击与殴打、污蔑以及私隐侵权本身）与这一理论是否一致。如果接受了这几章的论证，这就进一步例证了经济学有力量解释与那些远离狭义“经济”活动有关的法律教义。 7

第四编阐明一个非效率的、事实上是反效率的正义概念：一种单独看来超出了一美元额外搜寻会得到一美元额外价值的信息那一点的正义。这一论证就是，有许多种族歧视以及与种族相关的歧视都可能是有效率的，因为这种歧视使信息费用更经济了，但是美国宪法第十四修正案的同等保护条款体现了一种拒绝有效率之歧视的正义理论。因此，在这一分析中，经济学的作用就不是解说法律的立场，而是区分经济学的与非经济学的正义概念。第四编集中关注积极补偿行动，因为这是对歧视问题的法律政策的前卫。

第四编提供的证据表明，尽管效率可以解说普通法教义，但它看来不能解说某些重要的宪法规则。在第三编中，与这一点相关的，还有进一步的证据，处理的是私隐问题。不仅各州的和联邦的私隐制定法看起来没有效率，而且联邦最高法院已经演化出了一种私隐的宪法教义，并且与私隐经济学没有系统的联系。

本书各编之间的相互联系并不只是共同来源于法律的实证经济

学分析，而且也在于有关不确定性的经济学的汇合。不确定性是风险的来源，大多数人都不喜欢风险，并且不确定性也是人们要求以各种形式的保险来减少风险的来源。不确定性还创造了对信息的需求。非市场经济学的一个重要分支，由乔治·斯蒂格勒开拓的信息经济学，[16] 研究的就是理性最大化者如何配置他们的时间以及其他资源来寻求买进和卖出的盈利机会。这一领域集中关注的是市场的信息，但可以把它视为一个非市场的行为，因为信息本身的购买和销售很少见。信息经济学已经把其研究领域延伸到了对欺诈以及对名誉的调查。

8

把不确定性作为风险以及作为无知，对之进行分析，这对于本书讨论的每个专题都具有基础性。因为有许多伤害，包括许多合同的违反，都是在不确定事件中、在事故中出现的，因此，仅仅因为法律制度没有总是要求对伤害给予赔偿就批评法律制度不公正，这种批评就太肤浅了；如同我在第一编中显示的，如果不存在事后的赔偿，常常也许会有事先的赔偿。在第二编中，我展示了作为风险也作为错误信息的不确定性对于初民社会的社会制度和法律制度结构具有基础性。初民社会强调非正式的保险安排，这是同没有其他替代性保险机制相联系的，并且，初民社会强调严格责任是同有关细心和意图的信息费用太高相联系的。第三编的主题是私隐，在这个词的最有意思的意义上，它就是掩藏有关个人的信息。支持保护这种意义上的私隐，一个最诱人的理由，尽管最终不令人信服，就

---

[16] 请看，George J. Stigler, "The Economics of Information," in his book, *The Organization of Industry* 171 (1968)；出色的书评性论文，请看，J. Hirshleifer, "Where Are We in the Theory of Information?" 63 *American Economic Review: Papers & Proceedings* 31 (1973)。有关风险和不确定性，请看，Kenneth J. Arrow, *Essays in the Theory of Risk-Bearing* (1971)。有关整个信息和不确定性的领域，请看，J. Hirshleifer & John g. Riley, "The Analytics of Uncertainty and Information - An Expository Survey," 17 *Journal of Economic Literature* 1375 (1979)。最后这篇文章很全面，资料很新，但也很技术化。

是人们会误解个人信息，会花费过分的精力来发现某人是同性恋或被判过刑或有精神病史。反对“有效率的”（统计学的）歧视的意见也一样，人们会花费太多精力来了解某人是黑人或女性。但是，由于这些事实都不可能掩藏，政策关注点也就从保护秘密转向了禁止使用这些信息为基础决定雇佣某人，或决定以其他方式同某个人交易，这就是第四编分析的那种禁止。

研究不确定性的经济学在本书各编中建立的联系要比这里的讨论所展示的还要多；例如，本书第 8 章就用了名誉（一种信息资本）的概念来解说报应刑，并在第 10 章中用这个概念解说了为什么诽谤和中伤是侵权。然而，这一引论的目的并不是简单概括本书，而是向读者介绍一下一般的非市场经济学，特别是法律经济学，把此后的各章同普通法的效率理论联系起来，并提醒读者注意不确定性、风险以及信息很重要；对于本书探讨的正义各方面，它们都是处于中心位置的经济学概念。

第一编

正义与效率

▼
▼
▼

第二章

布莱克斯东与边沁

本章的目的主要是否定性的，是要通过考察最彻底的功利主义实践者杰罗米·边沁的思想，从而唤起读者怀疑功利主义。功利主义一直都不缺乏批评者，我的许多批评也是老派的。也许有些新的是，我不仅同意边沁关于人在各个生活领域都是自己满足度的理性最大化者，而且我认为经济效率是一个伦理的、同时也是科学的概念。此外，难道经济学不就简单地是功利主义之运用吗？我希望将展示，它不是。我对功利主义的抨击角度也是新颖的，新在我从边沁激烈反对威廉·布莱克斯东中寻求发现理解边沁思想基本特点的线索。

13

布莱克斯东的《英国法评述》

威廉·布莱克斯东1758年被挑选为牛津大学英国法的第一位讲座教授。在1765年至1769年间，以他在牛津的讲演为基础，布莱克斯东出版了4卷本的《英国法评述》。1776年，曾经作为16岁的学生听过布莱克斯东讲演的杰罗米·边沁出版了《政府片论》，对《英国法评述》发起了激烈抨击。《政府片论》中有一个序言，全面

谴责《英国法评述》，但在对《英国法评述》的引论、布莱克斯东讨论法律性质的7页文字进行了细致批评之后，就没有什么具体的东西了。边沁给人这样一个印象，对2 000多页的《英国法评述》作细致严格考察会显示：它们同样经不起理性的分析。

《政府片论》提出了两个根本性的批评：第一，布莱克斯东是现状的无耻辩护士，[1]以及第二，他对法律责任的性质和渊源的分析很肤浅、外行并且自相矛盾，就像是（据说是萨谬尔·约翰逊说过的）布莱克斯东"想得很清楚，但想得很懦弱"。[2]

14

《英国法评述》中确实有很多东西值得批评，[3]但它也有很多东西值得赞扬，除了明晰和精确是最明显的优点外。布莱克斯东把两种法律著述的风格融合起来了，一是孟德斯鸠的《论法的精神》，

〔1〕 这一主题新近得到了非常细致的并且是从一种马克思主义视角的开放，请看，Duncan Kennedy，"The Structure of Blackstone's Commentaries，" 28 *Buffalo Law Review* 205 (1979).

〔2〕 未加引注的引文，C. H. S. *Fifoot*，*Lord Mansfield* 26 (936).

〔3〕 特别是：

(1) 布莱克斯东对当时英国的法律制度感到挺满意，他闭眼不看当时法律实际管理上的一系列臭名远扬的滥权（例如大法官法庭的耽搁），并且不加批评地接受了许多有严重缺陷的法律教义，例如禁止当事人作为证人出庭的规则。他还对那个时代的许多过时法律过于宽容，敲掉一个人的"门牙"是重伤害（mayhem）（一种加重的伤害），但打掉门牙不是，因为重伤害必须损害了受害人对暴力进攻的自卫能力。布莱克斯东记录了这一区分，但未加评论，3 William Blackstone，*Commentaries on the Laws of England：A Facsimile of the First Edition of* 1765－1769 121 (1979)。此后的引证写作 Comm.。所有的页码都来自这第一版的复制本，芝加哥大学出版社出版，并有引论，作者为 Stanley N. Katz (vol. 1)，A. W. Brian Simpson (vol. 2)，John H. Langbein (vol. 3)，以及 Thomas A. Green (vol. 4)。在引证布莱克斯东时，我都省略了脚注并不加注明。

(2) 布莱克斯东有时还有循环论证的错误，例如他"解说"已婚妇女的各种法定无权的理由是在法律想像中丈夫与妻子是一个人的原则，没有给出任何对这一原则本身的解说。请看，1 *Comm.* 430。

(3) 在《英国法评述》中，在一些主要争议上都有明显的前后不一致。例如，违反自然法的法律是无效的，但是没有哪个人类机构可以废除一部由国会正当颁布的法律请比较，1 Comm. 54 和 1 *Comm.* 91。法官是法律的"活着的选示者"，但他们也还是司法的政治家（原话并不如此，但意思如此），他们用法律拟制来废除自己不喜欢的法律，请比较，1 *Comm.* 69 和 2 *Comm.* 116－117。在该书卷一中，产权被描述为自然法的一个方面，但是在卷二中，产权又被描述成居民众多的社会中的一种人为创造，请比较，1 *Comm.* 138 和 2 *Comm.* 7

这本书分析了从抽象层面考察的法律的社会功能，只是顺带提及了任何实在的法律制度。另一种是，以布莱克顿关于英国法律的专著或波特尔（Pothier）关于民法的专著为例证，[4] 描述一个社会的实际法律。布莱克斯东证明了英国法的运作是如何实现社会的经济、政治以及其他目标的。也许可以把他的功能主义视为本书第1章勾勒的普通法实证经济学分析的一位远祖。

布莱克斯东在《英国法评述》中的追求是要呈现法律是一种"理性的科学"。[5] 在多大程度上，他实现了这一点？要回答这个 15
问题，我们就一定要考察布莱克斯东对英国法的范围和性质的分析。

对于布莱克斯东来说，法律的最终目的就是保障基本权利。就此而言，他所指的似乎并不夸张，不过是一些条件，这些条件支持了我将在下一章讨论的、与社会财富最大化意义大致相近的社会福利最大化。基本权利——有时称作"英国人的自由"——"主要由三种享有权构成，即人身安全、人身自由和私有财产"。[6] 布莱克斯东对自由社会的理解很接近亚当·斯密以及其他几乎被遗忘的意义上的"自由派"的原初理解：人们应当自由地按自己的偏好来行为，只要他们不侵犯其他人的自由。

布莱克斯东对经济自由的理解不像亚当·斯密那么广阔，但就当时的时代来看，毕竟令人难忘。[7] 他对公民自由的理解，尽管不如约翰·斯图加特·密尔那么广泛，但可以说，就其时代而言，仍

〔4〕 请看，Henry de Bracton, *On the Laws and Customs of England* (Samuel E. Thorne trans. 1968); Robert Joseph Pothier, *A Treatise on the Law of Obligations, or Contracts* (William David Evans trans. 1853).

〔5〕 2 *Comm.* 2.

〔6〕 1 *Comm.* 140.

〔7〕 我认为特别好的是他讨论为什么应当允许有利放贷，这与中世纪基督教在这个问题上的意见相反。请看，2 *Comm.* 456 – 458.

然可圈可点。在宗教自由上，布莱克斯东说："对各种看法（无论它们多么荒谬或荒唐）予以迫害，都与坚实的政策和公民自由的每一项原则相悖。"[8] 他关于出版自由的讨论也同样出名：

> 出版自由确为一个自由国家性质的精髓；但构成这一点的是对出版不设置任何事先的限制，而不是出版后不受刑事法律追究。每一个自由人都无疑有权把他自己想表达的情感摆在公众面前；禁止这一点，就摧毁了出版自由；但如果他出版了不恰当的东西、令人厌恶的东西或非法的东西，那么他就必须承担起自己冒失鲁莽的后果。让出版界受制于许可者的限制性权力，就像先前在光荣革命之前和之后一直做的那样，就是把所有的情感自由都受制于一个人的偏见，并让他在知识、宗教和治理问题的一切有争议的观点上担任专断的和不出错的法官。但是，要惩罚（如同现在的法律所规定的那样）任何危险的或令人反感的著述，当其出版后，都应当根据一个公正且无偏私的审理，判定它有恶毒的倾向，惩罚是为保护和平和良好秩序、保护政府和宗教这一公民自由的惟一坚实基础之必须。因此，个人的意志仍然是自由的；只有滥用自由意志才是法律惩罚的客体。在这里也没有设定任何对思想自由或探讨自由的限制；私人情感之自由仍然存在；传播或公开对社会目的具有摧毁作用的坏情绪则是社会要纠正的犯罪。[9]

16

在这段文字中，很触动现代读者的是事先检查与出版后的刑事惩罚之间的两元区分；只有前者才违反布莱克斯东理解的出版自由。要解说这种两元区分，要点也许在于布莱克斯东分派给英国陪

[8] 4 *Comm.* 53.

[9] 4 *Comm.* 151 – 152.

审团的政治性角色。如同我们看到的，他认为陪审团是反对皇家官员压迫的一个重要支撑点。可以推定，可以信任陪审团不会把一位受指控的记者定罪，因为他的文章并不真的是煽动性或诽谤性的，而只是令国王或其大臣不快而已。对出版自由的真正危险在于书报检查，那是皇家官员在陪审制度之外进行的活动。

尽管布莱克斯东按照自己的理解为宗教信仰和出版自由进行了强有力的辩护，但在《英国法评述》第一编中，他在关于人身自由 17
的讨论中却没有提到这些自由，也根本没有提到诸如言论自由之类的东西。但是布莱克斯东认为，向国王以及议会提出要求伤害得以救济之请求是基本权利，并且是不可转让的权利。布莱克斯东理解公民自由的重要性，但他的分析并不系统。

在布莱克斯东看来，尽管基本权利之行使要受制于"必要的限制，这些限制本身会非常文雅和温和，乃至进一步追问看来也没有哪个理性或正直的人会希望弱化这些限制"，但这些权利却是不可废除的："没有哪个人类立法机关有权限制或废除它们，除非是拥有这些权利的人自己的某些行为导致了这些权利被剥夺。"[10] 这一陈述的力量为布莱克斯东后来否认法院可以废除议会依据程序颁布的制定法削弱了。他避免了自己在根本问题上的前后不一致，办法是，他采用了洛克的、几年后又在美国独立宣言中反映出来的观点，即限制基本权利就使革命合法化了。但由于革命的成本很高，因此很难想像革命是对剥夺基本权利的一个令人满意的救济；此外，这个观点也与将在下面考察的、布莱克斯东的另一说法不一致，即每一个法定权利都隐含着一个法定（也就是，可以得到司法承认的）救济以及没有救济的权利是一种自相矛盾。布莱克斯东无疑认为，基本权利的保护主要不在于法定救济和暴力革命，而在于社会中诸多政治力量之间的权力平衡，而在他的时代英国宪法已经

[10] 1 *Comm*. 140, 54.

实现了这种平衡。

布莱克斯东认为基本权利不仅针对了政府的强制，而且也针对着私人的强制，因此一个英国人拥有一种不可废除的权利，建立并
18 实施一个有效的刑事司法体制。美国人对这个问题的看法不同。依据美国宪法，基本权利针对的是公务官员。针对私人强制的保护属于立法裁量的问题。这隐含的是，不存在联邦普通法的犯罪，而这事实上长期以来一直都是美国人的观点。英国人接受的、相反的普通法犯罪很自然是来自布莱克斯东隐含的观点，即英国人的基本权利保护既不受私人侵犯也不受公共侵犯，这是一个很迷惑人但决不愚蠢的观点，它碰巧也强化了我先前的观点，即布莱克斯东对权利的看法很宽泛，将之视为支持社会福利的一些条件。社会福利显然要求保护不受私人的强制，也不受公共的强制。

然而布莱克斯东还与美国独立宣言的精神非常一致地强调了，政府官员侵蚀英国人自由的危险。例如，他说：

> 要保护这些［自由］不被违反，很必要的是国会构成要得到强有力支持；并且要对王权设定明确的已知限制。并且，最后一点，当这些权利实际受到违反或攻击时，要实现这些权利，英国臣民首先有权在法律法院中得到恒常的司法管理和自由行使；其次，有权向国王和国会请求对伤害的补救；以及，最后，有权为自我保护和自卫而拥有和使用武器。[11]

与《英国法评述》中的自由概念相关联的是这样一个理念，即法律关心的是社会的或公共的行为，而不关心私人的行为：

> 让一个人……就这样放弃他的原则，行为还是非常邪恶，但只

---

[11] 1 *Comm.* 140.

> 要他的邪恶都限于他自己，不伤害公开正派行为的规则；他就不受人类法律的管制……。
>
> 因此，英王爱德华四世禁止当时的优良绅士（依据一位伯爵的登记）穿的鞋或靴子上佩戴长于两英寸的箭头的制定法，就是一部带有压迫意味的法律；因为，无论当时时兴的服装看起来何等荒谬，以特别刑予以限制都没有达到促进社会效用的目的。但是，英王查尔斯二世的制定法，规定一件看起来无关紧要的事（死者的着装，并且命令要用木棺安葬），却是一个与公共自由一致的法律；因为它鼓励了必需品的贸易，全国的一般商品在很大程度上都取决于这种贸易……。这一政府的宪法或框架、这一法律制度，都只是用来维持公民自由的，它让臣民完全主宰自己的行为，只有当公共善品要求某种指导或限制时除外。[12]

亚当·斯密会认为布莱克斯东的功利主义法律例子很不适当、荒唐可笑，但基本原则说得很好，“社会效用”或公共福利要求法律让每个人“完全主宰自己的行为”，除非是他的行为可能侵犯了其他人的权利或以其他方式减少了社会福利。

相关的一点是布莱克斯东试图把法律同良心分离开来。他的观点比霍姆斯的“坏人”法律理论早出了一百多年，布莱克斯东写道，“一部法律的主要长处和力量就在于，惩罚附着于法律”。[13]因此，世界上没有无法定救济的法定权利，没有救济隐含的是权利的不存在。与霍姆斯相似，布莱克斯东得出的进一步的寓意是

---

〔12〕 1 *Comm.* 120, 122.

〔13〕 1 *Comm.* 57.

20

> 有些法律只提出实证义务、只禁止那些并非本身为恶而仅仅因被禁而为恶的事情，它们不涉指任何道德罪恶，把惩罚附着于不服从。与这些法律相关，在这里我感到良心不再是关切之一，良心更多在我们违反这些法律时指导我们接受这些惩罚；否则的话，一个国家中的大量刑法将不仅会被视为不审慎，而且会被视为是非常邪恶的东西；每个这样的法律都是捕获臣民良心的陷阱。但在这些情况中，每个人都有这样一个替代选择："或者不干这件事，或者是受到这样一个刑罚"，并且无论他认为接受这一选择的哪边比较恰当，他的良心都会是明确的。[114]

布莱克斯东关于法律在社会中的作用的观点是世俗的并且是自由的。法律的作用不是去增进人们进入天堂的机会，而是要通过惩罚来阻碍那些会减少社会福利的行为。在布莱克斯东的解说中隐含的是，法律制裁起的是价格的作用，它影响法律规定之活动的需求以及发生率。

如同我上面一直描述的，布莱克斯东对法律的性质和目的的理解都比较抽象，但在《英国法评述》中，值得注意的是，他以彻底并精确的方式追溯了他那个时代法律体系的具体规则和制度中之概念的系统阐述。布莱克斯东断言说，要想有效保护生命、自由和财产的基本权利，这些权利需要有一系列附带的程序权利和实体权利来支撑，他在《英国法评述》中描述的英国人的权利后来大多都纳入了美国的权利法案。布莱克斯东在人身保护令以及无论是民事还是刑事案件上的陪审团审判问题上都特别雄辩：

> 声称在所有情况下都绝对不受监禁，这种说法与法律社会以及

[114] 1 *Comm*., 57 – 58

政治社会的每种观点都不一致，并且最终会摧毁所有的公民自由，因为这使公民保护不可能了。但是英国法的光荣在于清楚界定了时间、原因以及程度，何时、为什么以及在什么程度内监禁这个臣民是合法的。这就是人身保护令，它诱发了对每一个拘捕都绝对必须表述理由；依据人身保护令，法院可以考察其合理性；并且，根据案件的情况，可以把监禁者释放、保释或取保候审。[15]

作为一个政治思想家，人们通常认为布莱克斯东是孟德斯鸠的一个小学生。孟德斯鸠提出了、尽管没有发明权力分立的理念（即将行政、立法和司法的权威配置给分离的政府部门）。但是，布莱克斯东认为正式的三权分立只是一个更宽泛的政治权利分散体制中的一个因素，在这个体制中，权力将在一个制衡体系中的多个政府机构间分割。[16] 在这里，建立在财富或其他因素上的最基本政治权力（与正式的法律权威不同）也是广泛分散的。在评价有关继承的不同规则时，他给财富的分配效果分派了一个重要位置，[17] 并且他为选民的财产资格限制做了辩护，理由是没有财产的人会出售自己的选票并因此增大了富人的政治影响。[18]

有人批评布莱克斯东，说他对 18 世纪英国宪法的运作描绘了

〔15〕 3 *Comm*. 133.

〔16〕 请看，1 *Comm*. 50 – 51，149 – 151.

〔17〕 2 *Comm*. 373 – 374.

〔18〕 1 *Comm*. 165. 对财产限制的这一辩护并不像布莱克斯东认为的那样是不证自明的。由于有这些没有财产者，这一崇会直接地增加他们的政治权力，或者是，由于给了他们一种可销售的财产因此增加他们的财富，从而间接地增加他们的政治权力　布莱克斯东明显关注的是选票出售，可以推定，价格还很低，因此这会放大富有的贵族人士相对于其他有产阶级的政治权力，这点担心并非空穴来风，但是布莱克斯东没有系统阐述理由。尽管从原则上看，财产较少（但数量更多）的有产者联盟也许会从无产者那里廉价购买选票，增加他们的政治权力，但是，组织必要的联盟也许会碰到严重的搭便车问题。非常富有的单个贵族或一小群富有的贵族也许会认为购买选票更简单。因此，18 世纪消除财产限制也许增大了这一时期的寡头倾向

10243

一幅过于理想化的图画，这一批评有些道理。许多选举平民院议员的选票都间接受国王以及少数强有力的贵族影响。这一时期的英国政府要比布莱克斯东说的更寡头化。[19]然而《英国法评述》中包含着一些暗示，表现出对英国宪法的性质有更为现实的认识。布莱克斯东批评选举权过于狭窄，[20]他意识到王权在衰落，并且他没有说出英王政治权利的全部真相。他暗中提到了当时的权势制度，通过这一制度，英王和他的贵族同党坚定把持了权力的杠杆：

> 不论国王的名义权力变得怎么样了，他的真实权力在过去的一个世纪中远没有因为任何交易而弱化。确实他放弃了很多权力，但他也获得了许多。王权的苛刻命令已经让位于比较温和的权势话语；奴性的和被戳穿的不抵抗教义已经让位给依法建立的军事组织；由于国会的无用，王权已经成功获得了一种有巨大长期收益的国会信托。[21]

布莱克斯东强调一个独立司法部门的重要性[22]以及陪审团作为抵消国王任命之法官的力量的重要性：

> [如果把司法]完全委托给地方执法官（magistracy），一伙挑选出来的人，并且一般都是由君主或该国中享有最高职务的人挑选的，尽管他们自己天性正直，他们的决定也常常会对他们自己那一阶层和职位的人有不自觉的偏见；根据人性，不可能指

---

〔19〕 请看，例如，J. A. W. Gunn, "Influence, Parties and the Constitution: Changing Attitudes, 1783 – 1832," 17 *History Journal* 301 (1974); J. H. Plumb. *The Origins of Political Stability: England* 1675 – 1725 (1967).

〔20〕 1 *Comm.* 165 – 166.

〔21〕 1 *Comm.* 325 – 326.

〔22〕 请看，1 *Comm.* 259 – 260.

望这些少数人会总是关注多数人的利益和好处。另一方面，如果把审判权随机地放在多数人手中，他们的决定就会很出格，很无常，我们法院就会每天都确立一个新的诉讼规则。因此，聪明的做法就是要求，作为一般命题的法律原则和定理都要来自抽象了的理性，并且不迎合时代或某些人，它们应当存放于法官的心中，应当不时适用于在法庭上得以恰当确认的事实。在这里，偏私几乎不可能有什么位置，因为法律是众所周知的，并且对同等级的人同样地适用；根据事先确立的事实前提得出一个恒常的结论。但是在委托任何单一地方执法官来解决和审理事实问题时，可能会有相当多的空间让偏私和不公进来：或是有一些本该证明但未能证明的大胆断言，或是更巧妙地压制了某些情况，牵强和扭曲了其他情况，以及把其余的情况区分出去了。因此，这里有一个数量适当的理智且正直的陪审团，是从中产阶层人士中随机挑选出来的，他们会是最佳的真相调查者，是公共正义的最确定的卫士。因为在这个国家中，哪怕是最强大的个人对明目张胆侵犯他人权利也会谨慎起来，因为他知道一定会有12位直到审判之际才被任命的、无利害关系的人来考察和决定自己压制下来的事实。[23]

23

布莱克斯东意识到，如果法律权利都由法官来随意界定，法官就不会比暴君更好。[24]但是在他写作的年代，英国的大部分法律都不是制定法；而是普通法，即先前由法官宣布的法律。因此，看起来英国法官就是暴君，尽管都是小暴君，因为如果他们过于滥用了他们的暴虐权力，就会受立法制约。但是，布莱克斯东拒绝了这样一种观点：

---

〔23〕 3 *Comm*. 379 – 380.

〔24〕 请看，3 *Comm*. 327 – 328；又请看，3 *Comm*. 422 – 425.

> 凡个司法法院的法官……是法律的储藏所，是活着的神谕者，他必须决定所有自疑问的案件，并且受依据本国法律决定案件之誓言的约束。他们对法律的了解来自经验和研究，……也来自个人长期熟悉前辈法官的司法决定。事实上，这些司法决定都是可以给出的、关于存在这样一种习惯的、主要的并且是最权威的证据，并且将构成普通法的一部分……。因为当诉讼中出现了相同争议时，就要遵循先前的先例，这是一个已确立的规则；同样已确立的规则是要保持司法的公正和稳定，不易为每一新法官的判决意见左右；此外，还因为在这样的案件中，法律是庄严宣告并且确定了的，先前不确定的并或许无关紧要的，现在都已成为一条永久性的规则，此后的任何法官都不能按照自己的私人感受来改动或改变这一规则。[25]

在希腊语词源学中，神谕者并不是神之话语的解释者，而只是一个消极传送者。因此，把任何法官（且不说一位普通法法官）同一位神谕者相比，这看起来很是荒谬。但是，一旦理解了布莱克斯东想干的是什么，这个神谕者的隐喻就变得挺贴切了。布莱克斯东认为普通法是一套难以追溯的古老习惯。诺曼的征服者们把这些古老习惯融入了封建主义的压迫制度中了，现代英国法官的工作就是要剥去这个诺曼征服加给普通法——即远古习惯的外壳，恢复普通法的早期撒克逊形式。这种司法职能的观点看起来也许赋予了法律变革中的法官一个积极的角色，但事实上，一旦法官成功重构了这些撒克逊习惯，他就是这些年代久远的法律概念的一个消极发言人了。

就字面而言，布莱克斯东对司法职能的理解提出了许多问题。

[25] 1 *Comm*., 69.

撒克逊人是否曾发展出了一套适合18世纪的法律制度？布莱克斯东对撒克逊法律和法律制度是否有任何理解，甚或只有最模糊的理解？他那个时代的法官对自己的职能是否真的采纳了这样一种考古学的观点？但提这些问题，就都错过了布莱克斯东普通法审判理论的真正要点：他所做的是要把司法活动理性化，促进普通法顺应当时的社会需求。在吉本（Gibbon）的《罗马帝国的衰亡》（在《英国法评述》之后出版）之前，社会进步或改善通常都不是理解为向着社会福利的新的和更高阶段的演化，而是恢复很久以前的某种极乐状态。[26]在布莱克斯东看来，法律制度会改变和演化，但是朝着一套被他定在遥远并大多是想像的往昔幸福状态的理想概念演化，这与他的时代精神是一致的。因此，出于一些并非源于他本人的因素，[27]布莱克斯东构建了一个普通法审理的概念，给了法官进行重大法律变革的空间，因为法官在努力促使法律与布莱克斯东归功于撒克逊时代的当代自由理念和谐一致，而与此同时，他又否弃了一种直截了当的、具有专制意味的司法能动主义。

25

尽管布莱克斯东对司法合法性问题的回答并不现代，但是它很像是现代的回答。美国联邦最高法院的大法官们并不承认自己在根据个人偏好制定法律。他们称自己都是在一个预先设计的体制内运作，是在重构美国宪法创制者的一些意图，当然，这意图得作广义理解。但是如同我们会在本书第11章讨论联邦最高法院的私隐案件时看到的，在这些现代法官手中，1787年的美国宪法本质上是一个虚构的构件，就如同布莱克斯东时代理想化的前诺曼征服社会的习惯一样。在吉本过去200年后，我们仍然喜欢用恢复古代自由的方式想问题，而不是用获取新自由的方式想问题。

---

〔26〕 请看，例如，H. R. Trevor-Roper, "Gibbon and The Decline and Fall of the Roman Empire," 19 *Journal of Law and Economics* 489 (1976).

〔27〕 请看，J. G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law* (1959).

在布莱克斯东描述的这个概念框架中，司法创造性的形式不可避免地会导致大量依赖法律拟制来推动法律改革。尽管布莱克斯东并不奴性地坚持遵循先例（依据先例作出决定）原则，一个先前的决定，如果“违背了理性”，就可以推翻，[28] 但是他喜欢的司法创造之方法仍然是法律拟制，特别是因为这是绕过不合情理之立法的惟一可能的手段；因为在布莱克斯东看来，法官无权废除立法。受因诺曼引入的封建制度影响的法律，以及许多中世纪法律的规定，在封建社会的语境中都曾起作用，但如今都变得功能失调了，事实上，如果依照这些法律，不动产市场就会瘫痪。然而，这些中世纪的法律是牢固确立的，不仅体现在先例中，而且体现在制定法中。英国法官通过巧妙运用法律拟制，例如，获得一种以“普通回收”（common recovery）而知名的明晰的所有权，绕开了这些法律。所谓“普通回收”是

26

> 一些由某种误解（*pia fraus*）而引入的虚构程序，为的是躲过目前的（*de donis*）制定法，这些制定法被认为非常有害，令人无法忍受，而且那时的某个立法机关分支还不同意废除……。这些回收，不论是何等偷偷摸摸地引进来的，如今已经因为长期使用和默许而成为一种最普通的土地保证了；并且被视为土地转移的法定模式，继承佃户可以以这种方式处理他的土地和住房，因此没有哪个法院会允许这种权利动摇或受非议，甚至一些国会法令也间接地赞同和确认了这些权利。[29]

沃伦法院当年到是可以用这段文字作为历史先例来支持自己的（隐含的）观点，即如果立法机关由于某些原因不能有效行动，那么由

---

[28] 1 *Comm.* 69.

[29] 2 *Comm.* 117.

法院来承担立法改革的重任就很恰当。

这种政治性使用法律拟制有一个很好的例证，这就是布莱克斯东对格言“国王不可能为错”的讨论。[30] 乍看起来，这句格言的目的也许是要使国王高于法律。但是布莱克斯东的分析表明，其真正目的在于使国王更容易受法律的制约。由于国王不可能为错，其必然结论是国王的任何过错都将归罪于“邪恶的顾问”，[31] 因此，这样一个法律拟制可能通过对国王的代理人，而不是对国王本人，提出诉讼来制约王权滥用；法院或立法机关与国王的之间的直接冲突就避免了。这个法律拟制本质上具有一种保留面子的功能。

布莱克斯东之所以强调法院在制定法律上的作用，这是因为当他写作此书时，英国的大部分法律都是法官制定的。他并不是不了解立法的作用，但是他给立法定的角色很有限，其恰当功能就是解决普通法诸多先例之间的冲突，以及在其他情况下，是要补充和修补普通法的教义。[32] 现代的观点是，在宪法设定的、对立法活动的宽泛限制范围内，立法机关可以对现存法律自由地进行全面变革。布莱克斯东是一位彻底的渐进主义者，他不赞同由任何政府机构进行的全面社会变革。

《英国法评述》的第四卷处理的是刑法和刑事程序，受到了很多人赞扬。通常，被挑出来予以赞扬的那段文字是对过分依赖死刑制裁犯罪行为的雄辩抨击，[33] 但这有一个限定，这就是，布莱克

〔30〕 1 *Comm*. 238 – 239.

〔31〕 1 *Comm*. 237.

〔32〕 请看，3 *Comm*. 327 – 328；1 *Comm*. 353.

〔33〕 4 *Comm*. 18 – 19：“这是一种令人忧郁的真相，在人们每天都可能干的各种活动中，有不少于 160 种已经被国会宣布为接受普通法院审判的重罪，并且不能辩护（without benefit of clergy）；或换言之，可以当即处死。但是这样多得令人可怕的重罪，不仅没有减少，而是增加了违法者的数量。受害者出于同情，常常会拒绝提出指控；陪审团，也出于同情，有时会忘记他们的誓言，或者会将有罪者无罪释放或是减轻违法的属性；法官也出于同情，会暂缓执行一般的定罪者，并建议国王予以宽恕。”

斯东对死刑的看法是从贝卡利亚那里获得的。被忽视的不仅有布莱克斯东对许多其他刑事法理问题的广泛讨论，而且还有布莱克斯东的刑罚目的与贝卡利亚以及其他法律家的刑罚目的之间的分歧。布莱克斯东从这些法学家那里借用了有关刑事法理的一些思想。贝卡利亚的《论犯罪与刑罚》是对惩罚原则的一个精制的理论分析，[34] 布莱克斯东接受了贝卡利亚的理论命题，并将之运用于英国实际的刑事司法制度。[35] 至少在一个方面，即在犯罪的可隐藏性与惩罚的最佳严厉程度之间的相关性上，布莱克斯东要比贝卡利亚更为明确（尽管一直要等到边沁才严格界定了预期惩罚成本，将之届定为惩罚概率与惩罚严厉性之乘积）。在布莱克斯东看来：

28

> 由于惩罚的主要目的在于防止未来的犯罪，因此在同等严重的犯罪中，对一个人有最经常和最容易的机会进行的那些犯罪[应当惩罚最严厉]，……这合乎情理，因为这些犯罪不能很容易地防范，因此，违法者也就有最大的诱惑来进行这种犯罪。[36]

---

[34] 请看，Caesar Beccaria, *An Essay on Crime and Punishments* (Edward D. Ingraham ed. 2d Am. ed. 1819).

[35] 布莱克斯东有关刑法的讨论有许多突出的特点，其中之一是，他采用了威慑而不是报应作为支持惩罚的理由："至于人类惩罚的目的或最后原因，惩罚并不是为所犯之罪赎罪或还债的方法……，而是一种防止同类违法的一种预防。它以三种方式起作用：或者是改变了违法者本人；所有的肉刑、罚金以及暂时的流放或监禁都是为了这一目的；或者是因为害怕这个例子而不从事类似犯罪，因此威慑了他人……，这样的犯罪会带来不光彩的犯罪，会带来司法的开放和公开的执行；或者是，最后，剥夺了伤害者未来从事这种违法行为的能力，即或者将之处死，或降之长期监禁、奴役或流放，这三种惩罚中的任何一种都是要努力回答这同一个目的，即防止未来的犯罪。" 4 *Comm.* 11-12. 本书第8章将讨论报应刑理论。

[36] 4 *Comm.* 16. 贝卡利亚对这个问题的全部讨论如下："惩罚产生的恶果应超过从犯罪中获得预期好处（把惩罚的确定性以及被剥夺的预期利益都包括在这个计算之内），惩罚也许会产生所要求的后果。" Beccaria, 前注 [34], 页 94

布莱克斯东对边际性威慑力的讨论，尽管是对贝卡利亚的发挥，却点出了他如何把贝卡利亚的理论分析同英国（以及其他国家）的实际法律联系起来了：

29

> [贝卡利亚]已经巧妙地提出了，每个国家都应当制定一个犯罪程度表，相应的，也有一个惩罚程度表，从最严重到最轻排列下来。但是，如果这个思想过分浪漫了，那么一个明智的立法机关至少要提出主要的分类，对一种不太严重类型的违法不要施加第一等重的惩罚。当人们看不出惩罚性质和级别上有什么区别时，大众就会得出这样的结论，罪行没有区别。因此，在法国，对抢劫的惩罚，无论有没有杀人，都一样：因此情况是，尽管也许法国抢劫犯或许会更少一些抢劫，但是他们不仅抢东西而且还杀人。在中国，谋杀者会被凌迟，抢劫者则不，因此在中国抢劫者从来不在公路上杀人，尽管他们经常抢劫。而在英国，除了对谋杀者有从速执行刑罚以及随后殊尸或解体这些额外的恐惧外，抢劫者有望流放，而这种刑罚很少对谋杀者使用。这产生的效果就像在中国那样：它防止了暗杀和杀人的经常发生。[37]

布莱克斯东也是最早支持在刑事案件中采纳被告有律师协助权的人之一：

> 但在普通法上，这是一个已经确立的规则，只有出现了什么适于争论的法律争议时，才会允许律师介入任何死刑案囚犯的审判，介入一般的争议。如果同英国法对囚犯的其他人道处置放在一起（无论在这一高贵的法律宣告的包容下会有什么被隐藏

[37] 4 *Comm*. 18.

起来，如果正确理解，就是法官将作为囚犯的律师，也就是，法官将关注对该囚犯的程序是否合法，严厉是否恒常），这个规则看上去完全不是无关紧要。因为在每个轻罪指控中，都允许他得到这种援助，那么有什么正面的理由，可以拒绝给予这种为拯救一个人生命的援助呢？[38]

30

布莱克斯东也还很好地意识到为政治目的滥用刑事程序的危险。我在前面就引证过他关于陪审团在刑事案件中的政治重要性；以同样的方式，他还讨论了叛国罪审判中的证据要件：

在叛国案件中，这里也有被指控者的效忠誓言，抵消了单个证人的证言，而这也许就是为什么，法律一定要求有两个证言才能将他定罪的原因之一；尽管主要的理由，无疑是要保证臣民不为一些假定的阴谋而牺牲，而在所有时代这一直是放肆且高明的政客玩弄的手法。[39]

最后，布莱克斯东还很关心由于法律陈旧造成的选择性执法问题："确实，这些不可思议的惩罚（在吉卜赛部落中看到的），很少或者从来也没有实际伤害什么人，公众也几乎不知道这是法律，但是这一点更加大了其危害，因为它为粗心者设下了陷阱。"[40]

---

[38] 4 *Comm*. 349.

[39] 4 *Comm*. 351.

[40] 4 *Comm*. 4.

边沁对布莱克斯东的厌恶

我广泛引证了布莱克斯东有关刑事司法的观点，部分是要展示他并不反对改革，不像边沁的《政府片论》中所讽刺的那样；事实上，布莱克斯东已经预见到了（影响了）边沁本人的某些刑事司法观点。布莱克斯东不仅是一位犀利的批评家，他批评过度使用极刑，批评民事法律和刑事法律的其他特点，而且他还寻求为司法创新和创造正当化，当然，不很明确。自由和效用是他评价法律的标准。通过分辨、描述以及解说他的（以及我们的）社会中法律体系的基本特点——普通法规则制定的进化性质、陪审团审判、制定法之解释、法律拟制、司法活动的政治语境、政府各部门之间的相互关系以及法律与道德的关系等，布莱克斯东为科学地研究法律做出了重要贡献。仅仅是把英国法浓缩成可读性很强的四卷著作，这就是消除法律之神秘，使普通人能够理解、批评和改革的重要一步。[41]

31

〔41〕在此值得引用兰拜因教授最近对布莱克斯东的评价："无论他有什么缺点，布莱克斯东都是一位知识分子。他在整个《英国法评述》中所作的都不止是描述；他寻求理解、理性化和解释。我们认为他的推理有时犯了错误。但是，此后法学专著的传统，在很大程度上，要归功于他对法律著述者之工作的理解。前无古人，布莱克斯东独自承担了这一工作，努力辨认英国法规则和习惯的更深刻的目的。" Langbein, Introduction to 3 *Comm.*, 页 iv

那么，我们该如何解说边沁对《英国法评述》的极端厌恶呢？[42] 答案必须理解边沁的目标和手段。尽管边沁对法律、经济学以及哲学都做出了重要贡献，但他还是不认为自己是一个理论或
32 学术思想家，而认为自己是一个立法改革者。他从“最大幸福”或效用原则演绎出他有关立法改革的理念。普里斯特利（Priestley）、贝卡利亚以及其他人都已经说得很清楚了，这一原则就是，检验社

---

[42] 这种猛烈性无可怀疑。除了《政府片论》外，还有边沁的《评英国法评述》（Charles Warren Everett ed. 1928），后一本书的尖刻程度可以说有增无减，而且也比《政府片论》更长。边沁一辈子都在写，但直到逝世，也未能完成（《政府片论》实际是该书的一“片”）。在边沁著述的其他地方中，我们也可以看到一些边沁对布莱克斯东下狠手的例子：

他长着手就是要粉饰和破坏他所触及的一切。为了不让他人看到些什么，他就让人们自以为已看到了什么。

他是一座粗俗错误的仓房，所有的粗俗错误在他那里都有，全都收藏了而且作了加工。

他染上了不宽容的灵魂恶臭，一种在这些日子里最堕落的器官才经得起的最高等的不宽容。

在他那里，每一种偏见都有倡导者，并且每一个阴谋诡计都有一个帮凶。

他的悲哀是鳄鱼的悲哀。

他把自己那种成天围着钱转的律师的不诚实都带到了教授的讲席。他接受了一切偏见，是一切滥权的教唆犯。你不可能从这位作者那里得到什么坚实的原则，他的第一目标就是要为这个体制辩护。

均引自，Bentham, *Commonplace Book*, *in* 10 *Works of Jeremy Bentham* 141 (John Bowring ed. 1843)，此后引为，Bentham *Works*。在这里，我应当提到，要确定边沁的观点极其困难，这就要求读者把我对边沁思想的分析当作暂时的。边沁在世期间写下了大约 750 万字的著作，出版的只是一小部分。他的其他许多著述已经被编辑出版，但是这些编辑过的著述是否精确，常常值得疑问，特别是因为他留下的文章极其紊乱。此外，他的大量著述从来也没有出版过或没有人解读过。在权威版的边沁著作完成之前（这正在 H. L. A. 哈特指导下整理，并且估计要出 40 卷），边沁的读者对他在许多问题上的看法就只能有个大致的了解，包括一些这里讨论的问题。另一个难题是，在漫长的一生中，他的许多观点都改变了；还有一个难题是如何区分他深思熟虑的观点以及他随意想到的，对于这样一个写作如此之多的人，并且他也没有表明哪些他认为可以发表，哪些不能，这种情况就格外尖锐。

会政策是否坚实的标准就是该政策是否促进了最大数量人的最大幸福。[43]边沁把最大幸福原则翻译成了一系列在他手上变得非常细致的具体公共政策。他的最著名建议是在刑事司法领域，尽管除了监狱改革外，和布莱克斯东一样，他在这个领域的大多数基本观点都是从贝卡利亚那里拿来的。

效用原则把边沁带向了两个不同的方向。一是朝着不受政府干预的自由，特别是在经济和宗教领域。他提出了很多观点，其中之一就是批评亚当·斯密支持禁止高利贷的法律是家长制的法律。而另一个方向则是朝着深入的、道德化的并常常是家长式的政府干预；禁止虐待动物的法律、支持对罪犯强制再教育的法律、要求路人救助遭遇不幸者的法律，都从他的笔下流出来了。边沁建议的这种分裂特点并不是效用原则或他在运用这一原则时前后不一致的结果，而是由于这个原则本身的特点就太富有弹性了、无法操作。数百万不同的人的幸福不可能为了比较不同政策的效用而予以测度和加总。例如，他认为最大幸福原则要求"立法者必须禁止一些趋向于产生不人道精神的行为"。[44]按这种说法，并且也因为动物能感受痛苦（不幸福），因此，他敦促采纳禁止残酷对待动物的法律。他甚至想禁止钓鱼比赛。[45]边沁主义者玩了一个没有规则、从最大幸福原则演绎公共政策的游戏，而他提出的那一套公共政策跟他的个人偏好最为相似（他以喜欢动物特别是猫而闻名）。

请考察一下边沁有关处理乞丐的建议。他想禁止乞讨，并把所有的乞丐都关进监狱；然而，可以释放他们，从事某种契约性的苦役，一直到他们向监狱还清了关押他们的费用，并因此挣出了"完

33

〔43〕 请看，例如，22 *The Theological and Miscellaneous Works of Joseph Priestly* 13 (John Towill Rutt ed. 1832)。

〔44〕 F. Bautros, *Principles of Legislation from Bentham and Dumont* 238 (1842)。

〔45〕 请看，Jeremy Bentham, *Principles of Penal Law*, in 1 *Bentham Works* 367, 562。

全的解放”。[46] 边沁为自己解决乞讨问题的办法——奴隶制——提出的正当化是，乞丐会给被乞讨者带来两个后果，使他们或者感到“同情的痛苦”，或者（如果他们不同情）感到另一种痛苦——厌恶。这些痛苦加起来要大于乞讨与工作对乞丐福利的差别。[47] 边沁没有解说他如何进行这种计算的。

到此为止，还没有怎么解说边沁为什么厌恶布莱克斯东，而布莱克斯东也认为（尽管还不像边沁那么断然）“普遍的效用”应当
34 是法律的目标，他还是贝卡利亚——一位监狱改革的早期鼓吹者[48]的追随者，并且他也相信私有产权和自由交易。（布莱克斯东更看重产权，[49] 而边沁更看重自由交换。如同后来的亚当·斯密一样，布莱克斯东支持反高利贷法。）[50] 一般说来，他们在实质性政策问题上的分歧看起来并不是水火不容，并且在许多他们确有分歧的领域，边沁其实是贯彻了布莱克斯东留下的工作。[51]

更重要的是，两人之间确实存在的尖锐、重大分歧并没有展示

〔46〕 Jeremy Bentham, *Tracts on Poor Law and Pauper Management*, in 8 Bentham Works 361, 402.

〔47〕 请看，8 Bentham *Works* 401.

〔48〕 请看，例如，布莱克斯东对新建惩罚以前以流放（放逐）形式惩罚违法者的“监狱房”的描述，4 *Comm.* 371 – 372 (Edward Christian ed. 1830).

〔49〕 边沁对私有产权的支持是建立在比较狭窄的基础之上的。他把（货币）收入效用递减原则以及他对人们的效用函数相似或相等的直感结合起来，以此为基础，推断出，如果不是因为侵犯财产安全会有反激励效果，那么最大多数的最大幸福就要求财富平均。请看，例如，“The Philosophy of Economic Science,” in 1 *Jeremy Bentham's Economic Writings* 81, 115 – 116 (W. Stark ed. 1952); and “The Psychology of Economic Man,” in 3 同上，页 421, 442。边沁认为经济自由具有一种工具性价值，可以最大化社会中穷人的财富。我将在本书第 8 章进一步讨论这个问题。

〔50〕 请看前注〔7〕中的引证。

〔51〕 如同前面提到的，布莱克斯东曾建议允许死刑案件的被告获得律师的帮助；边沁建议，如果被告很穷，就由国家来支付律师费用。边沁敦促法律与衡平法正式合并；尽管布莱克斯东没有提出这一点（他把普通法法院与衡平法法院之间的冲突最小化了），但这一点肯定符合他在这一主题上的观点之精神。请看，3 *Comm.* 440 – 441.

出一个根本的或至少是始终如一的意识形态分歧。布莱克斯东在婚姻和妇女权利问题上持常规观点；边沁很突出地持现代观点。[52] 但布莱克斯东支持而边沁反对禁止自证其罪的特权；边沁钦佩星室法院。[53] 鄙视陪审团；布莱克斯东为陪审团辩护，并谴责星室法院。尽管布莱克斯东要比边沁更能接受等级和特权，他却从来没有如同边沁那样猛烈地谴责"收入拉平"（levelling），边沁写道，"要求平等的呼声鄙视一种借口，这种借口掩盖了游手好闲者对努力勤奋者的劫掠"[54]

35

我认为，边沁厌恶布莱克斯东出自边沁的另一部分智识活动，而不是来自对重大改革的系统表述。这种厌恶与边沁努力"推销"自己的改革建议有关。边沁不满足于想出一些政策改革的出色思想；他充满激情地渴望看到自己的思想转换成英国的（墨西哥的、俄国的以及其他每个地方的）公共政策。边沁有很大数量的观点，似乎都是为了一个明确目的，即便利采纳他的重大改革建议；他关于法律性质的理论，他关于法律拟制的理论和其他一些语义学理论以及他的政治理论都是这样的例子。

边沁看到，有三样东西阻碍了迅速采纳他的改革方案：（1）普通法体制的法律制定，以及在这一体制中有既得利益的律师和法官；（2）根源于语言不清的智识混乱；以及（3）英国精致平衡的、不完美的代议政府体制。在第一和第三点上，边沁可能不错。英国的普通法规则制定体制在当时是典型渐进的，实际是像冰川一样缓进的。如果用《英国法评述》中描述的司法改革办法，要花费数百年才能贯彻边沁的改革规划；因为它曾用了数百年才在封建土地法

---

〔52〕 请看，Jeremy Bentham, *Principles of the Civil Code*, in 1 Bentham Works 299, 352–358.

〔53〕 请看，Mary P. Mack, *Jeremy Bentham: An Odyssey of Ideas* 425 (1963).

〔54〕 Bentham，前注〔52〕，in 1 Bentham Works 312；又请看，358–364。但这也许不是边沁的成熟观点，请看，前注〔42〕。

上实现了不那么深远的改革。并且19世纪英国的历史也表明，扩大普选权，把权力更大程度地集中在平民院（这都是边沁政治改革规划的目标）也许确实是采纳他的实质性具体政策的前提条件，这主要发生在1832年通过了改革法案之后。

布莱克斯东被任命为第一位英国法的大学教授以及《英国法评述》的出版都强化了普通法的尊严，而这件事本身就使《英国法评
36 述》很自然成了边沁的靶子。更重要的是，与《英国法评述》相伴的除了有对普通法规则制定的热情赞扬外，还有对以制定法来实行全面法律改革的怀疑主义。布莱克斯东甚至抨击了法典化的原则。对于发明了法典化这个词的边沁来说，法典化意味着根据最大幸福原则来颁布全面的制定法，以此取代任何可能占据这一领地的由制定法和普通法或习惯性原则构成的拼盘。但是布莱克斯东曾这样写道：

> 当法律由民众会议制定时，即使是由代议制的会议制定，这项工作也太沉重了，乃至不可能重新开始立法工作，不可能从五百多位议员的不一致意见中抽象出一个新的体系。一个独一无二的立法者和一个努力向上的主权者，一位梭伦或莱克格斯（Lycurgus），一位斯士丁尼君主或一位弗里德利希大帝，也许在任何时候都可以制定出一部简明、并且也许是统一的司法计划，而自以为是的臣民质疑该计划是否明智或是否有用，他们就会大祸临头。但是有哪位知道重塑我们任何制定法分支（尽管只与道路或教区和解有关）之艰难的人，会认为真的可以改变普通法的任何基本点以及它所有的包袱和后果，可以设立另一规则取而代之？[55]

[55] 3 *Comm.* 267

在以《政府片论》为标志的早期生涯中，边沁就认为改革的主要障碍是掌权者的无知或混乱，只要可以把他们的脑瓜子搞清楚，边沁提出的改革就会得到及时贯彻。[56]并且，他认为智识混乱的根子是语言不精确，比喻的语言特别妨碍了人们认识习惯性信仰的错误。他痛恨布莱克斯东的部分原因也许是布莱克斯东出色运用了隐喻和其他比喻手法。[57]尽管边沁自己为了好斗也是一位隐喻大师（例如，"高跷上的昏话"），他认为在改革的敌人的手中，隐喻就如同当年蛇使用的阿谀。边沁是这样谈论布莱克斯东的，"他长了手就是要修饰和破坏"（我加的着重号）。布莱克斯东不仅敦促采纳普通法的渐进主义，而不是采纳"立法革命"，而且他成功地做到了这一点，他如此大量和有效地使用了比喻性表达，欺骗了那些本来可以发动这样一场革命的人们，乃至令他们都相信革命并不必要而且也不值得欲求。

《英国法评述》的另一方面也使该书成为对渐进主义的有效辩护，这就是布莱克斯东把这套法律描绘成了一个延续数百年的进化过程的结果，包容了成千上万位律师、法官和立法者的辛劳，由此才产生了这样一个复杂的、精细交织的体系。布莱克斯东暗暗地压低了任何单独的个体——一个边沁——就可能设计一个同样良好或

37

〔56〕 请看，1 Leslie Stephen, *The English Utilitarians* 176, 196 (1900).

〔57〕 这就像他解说普通法法官为什么如何无须立法之帮助就能够改革封建土地法一样："然而，他们明智地避免了招揽任何旧式的重大立法变革，这些革命有可能引出很多广泛的后果，超出这位目光锐利的天才可能预见的；但是，就让它们那么呆着，被人忽视直至被淡化和遗忘，同时通过一系列细小的违法，努力包容一些当时已经使用的个人诉讼，追求校正正义的一切最有用的目的……注意（这些违法）的惟一难题就来自它们的摩擦和拐弯抹角，但是，一旦我们发现了恰当的法律，这个迷宫就很容易走通了。我们继承了一座建立于骑士时代的哥德式城堡，但住进来的却是现代居民。这些有护城河围绕的城墙、临战的哨塔以及战利品大厅，都很华丽和令人肃然，但毫无用处那些不怎么样的套间，如今都转换成了便利的房间，令人愉快并宽敞。尽管进入这些房间的路曲里拐弯并很难。" 3 *Comm.* 268.

更好的体系的说法。边沁对布莱克斯东的抨击典型展示了人们熟悉的、现代意义的激进主义对改良主义或“自由主义”解决社会问题之进路的敌视。

如同我提到过的，边沁早年曾设想改革过程是一个自上而下的过程。他曾向当权者“推销”自己的法典值得颁布的做法，没有得出迅速的结果，这时，边沁就认定，如果不急剧改变政府的结构，这个改革就不会发生。他开始敦促普遍选举权，因此政治权力将按照社会中所有成年人的比例来配置，他论辩说这会导致采纳一些政策，会最大化最多数人的最大幸福。并且，他敦促把所有的政治权力都转移到平民院，以此来加速把民众的偏好（他认为这会同最大幸福原则刚好一致）转化为立法的改革。边沁也意识到了，在这样一个体制中，多数派可能以一种违背最大幸福原则的方式利用少数派，[58]但他认为，通过教育人们理解仁慈会产出最大幸福，就可以避开这一危险。

38

边沁又一次感到布莱克斯东挡了改革的路。《英国法评述》以赞许口吻描述的英国宪法是以继承性君主、任命的法官、贵族构成的上院以及一个（由于财产的限制和腐朽的市镇）不具代表性的平民院之间的政治权威分享为基础的。尽管布莱克斯东赞同扩大选举权，但是他不会支持平民院选举实行普选，更不用说消除政府其他部门的一切权威了。他有关政府的观点在一般方面很像是美国宪法许多创制者的观点，突出的是像麦迪逊的观点，麦迪逊就曾大量借助了布莱克斯东以及孟德斯鸠描述的英国宪法，并且同布莱克斯东一样，麦迪逊也不仅担心君主制和贵族制的暴政潜在性，而且也担心民主制的暴政潜在性。边沁，在美国宪法采纳多年后撰写了他自己的宪法法典时，就有意识地拒绝了这个美国模式

---

〔58〕 Jeremy Bentham, "Greatest Happines of the Greatest Number," in *Bentham's Polutical Thought* 309 – 310 (Bhikhu Parekh ed. 1973).

布莱克斯东与边沁之比较

布莱克斯东与边沁典型代表了社会现象研究的两极进路。布莱克斯东研究了一个实际社会体系的运作，即在英国民族的无序政治历史背景下演化出来的英国法体系。他的研究揭示了一个极其精细复杂的体系，这个体系具有令人吃惊的存活和生长特征，具有包容改革的重大能力，一言以蔽之，这是一个具有复原能力的、可自我调适的、有自活力的社会有机体。[59] 39

边沁从来没有系统研究过任何社会制度或法律制度，无论是英国的，还是外国的，也无论是当代的，还是历史的。他从来也没有试图掌握他寻求改革的制度的运作原则。他先是展示从最大幸福原则中演绎出来最佳的制度，然后就试图提出贯彻实施的细节。这样一种社会研究模式滋养的是乌托邦主义和乌托邦主义的难兄难弟——激进主义。由于不了解自己的改革必须符合的真实世界，这位乌托邦者对社会不贯彻他的思想，变得日益不耐烦了，他提出了日渐激进的措施，想强迫把一个桀骜不驯的世界挤进他想像出来的模子。历史的教训，英国的以及欧洲大陆的（例如，法国的）教训，

---

[59] 考虑到这一主题、经常受到批评的《英国法评述》的组织结构（卷1——人的权利，卷2——物的权利；卷3——私人不公，卷4——公共不公）可以说是不可避免的，事实上，这是大师的手笔。确实，物并不拥有权利。如果把卷4直接置于卷1后面，把这部著作分为公法和私法，会更合逻辑。但是把卷4中对刑事司法的强有力、尽管是值得尊重的批评同卷1中对英国宪法和法官角色的赞美性讨论放在一起，就会损害布莱克斯东希望传达的英国法律体系的观点。卷1赞美的是英国法律体系的可适性、可塑性和进步性，卷2则通过展示法官在土地法领域是如何摆脱诺曼桎梏的细节支持了这一赞歌，卷3完成了这一法官造法的图画。很自然，他把进展最不令人满意的领域——刑法留到了最后。把刑法置于最后还有另一个理由，这就是，对于大多数实务人士来说，刑法不如私法重要。但是，按照这个标准，卷1就应当放在卷2和卷3之后。

本应令边沁信服在一个平衡的政府中实行渐进式改革所具有的美德，哪怕是他也许对改革的步伐以及对宪法结构的细节会有不同意
40 见。但是，这些教训未能令边沁信服。边沁发现英国体制阻碍了他思想的实现，于是，他就提出横扫一切，并想用一个权力也许会非常危险地集中在某一个部门的制度来替代。他发现常规的思想模式和语言都不利于及时贯彻他的建议，于是他敦促要清洗语言中的隐喻和含混。他看到了立法是贯彻他改革思想的最迅疾的途径，于是他提议废除普通法，废除英国人的自然权利，废除独立的司法部门。

边沁的许多激进提议，包括法典化和刑事康复，如果采纳了，都可能无法运作，至少不会很好运作。其他一些建议则可能会太起作用了。边沁对传统语言的抨击以及其中浓缩的思想惯习预告了"新话"（Newspeak）*、希特勒以及苏联传媒对语言发动的极权主义抨击。在他的关于监狱改革的建议中，边沁首先提出了洗脑的技术。[60] 他还曾摆弄过这样的想法，要把每个人的名字都刺在他身体上，以便利刑事执法。[61] 强迫自证其罪、刑讯逼供、[62] 匿名告密、废除律师客户的特权、废除陪审团以及贬低权利，[63] 这些都是边沁留给极权主义政权的其他一些遗产。

如果他不是相信保障私有产权是为努力工作创造足够激励之必须（尽管这个观点看起来与他确信教育和再教育的有效性不一致），边沁也许会在通向集权国家的路上走得更远。否则的话，他也许会

---

* 英国作家奥威尔小说《1984年》中集权者创造的语言——译者

〔60〕 请看，Boutros，前注〔44〕，页206

〔61〕 Bentham，前注〔45〕，in Bentham *Works* 557.

〔62〕 W. L. Twining & P. E. Twining, "Bentham on Torture," in *Bentham and Legal Theory* 39 (M. H. James ed. 1973)

〔63〕 他把独立宣言称之为"混乱与荒唐的大杂烩" Bentham, "Account of Lind and Forster," in 10 Bentham *Works* 63

建议一个干预更为深入的公共区域，因为如果不是因为剥夺成功者的劳动成果会产生剥夺激励的后果，边沁认为最大幸福原则可能会要求收入与财富的平均化。[64]

然而，只强调边沁思想中的压迫性倾向对一个有天才的思想、精力以及好心个体来说是不公平的。人们一定不要忘记，边沁鼓吹宗教自由、民事离婚、理性惩罚制度或者他（对效用理论、[65]证据理论以及对法律以及其他非市场行为的经济学分析）的科学贡献。他使在贝卡利亚和布莱克斯东那里隐含的一些东西明确起来了，惩罚是对犯罪行为施加成本并由此改变了从事这种活动之激励的一种方法，边沁因此为现代经济学分析犯罪和惩罚奠定了基础。[66]对本书之进路特别重要的是，边沁坚持认为人的行为在所有生活领域，而不仅仅是在狭隘的经济领域，都是自我满足度的理性最大化者：

> 大自然将人类置于两个最高主子的治理之下，痛苦与快乐……在我们所做的和我们所想的一切事上，它们都统治着我们。
>
> 人都算计，有些不那么精确，事实上，有些更精确一些，但所有的人都算计。甚至我不敢说疯子就不算计。[67]

---

〔64〕 请看前注〔49〕

〔65〕 请看，George J. Stigler, "The Development of Utility Theory," in Stigler, *Essays in History of Economics* 66－155（1965）.

〔66〕 有深远影响的现代著作是，Gary S. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach," 76 *Journal of Political Economy* 169（1968）. 边沁对刑事惩罚的最佳分析出现在他的著作，*Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. 请看，例如，Jeremy Bentham, *A Fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation* 293－294（W. Harrison ed. 1948）.

〔67〕 同上，页125、298

作为思想家，边沁的主要弱点在于用功利原则指导政策弹性太大，他对实证或经验分析缺少兴趣，他相信人性和社会制度的可塑性（这是典型现代的观点），他夸大了用制定法法典化来进行全面
42 社会改革的可行性、灌输公共精神的可能性、罪犯康复的潜在性、教育的人性化效果以及公共管理的可完美性。他不加考察地坚信自己的利他主义动机以及个人智识（他自己的）的力量，他躁动不安的空想社会改良主义、他爱好机械和智识的巧妙玩意、他匆忙草率的文字、他的新逻辑主义（"法典化"、"最小化"、"国际的"等等），而最重要的是他对计划的确信，使他非同寻常地属于当代。"边沁明显受到了一种常见错觉的伤害：如果一个体系能运转，那么就可以展示其最细微的细节。因此，又从此推断出，只要展示了细微细节就证明它能运转起来。"[68]

边沁抨击布莱克斯东是自满的乐观主义，但是事实上是他更为乐观。特别是，他根本不曾担忧，英国是否会再次跌入暴政或内战，这个国家，在1688年前，曾以令人不安的频率在这两极来回摆动。《英国法评述》的一个未明言的关切就是如何维系社会秩序，也就是如何分配和组织政治权力才可以避免暴政与内战的极端，并因此使社会中暴力和威胁的作用最小化。边沁关心的不同，他关心福利或效用问题，而对布莱克斯东关心的问题几乎没有兴趣。[69]

政治学上的社会秩序概念与一个狭窄的经济学效用或福利概念之间的差别可以参照控制犯罪问题来例证。经济学家感兴趣的是，构成一个政府强制体系的刑事司法机制是如何使用的，以及如何可能更有效地防止浪费的私人活动，例如偷窃和谋杀。他一般会理所

[68] 1 Leslie Stephen，前注〔56〕，页283。

[69] 但是请看，Bentham，前注〔45〕，in Bentham *Works* 570－578。

当然地认为这一机制会牢固掌握在遵纪守法的多数人手中。[70]但是从关切社会秩序的政治科学家的立场上看，有意思的问题不是如何运用刑法机制来有效处理私人强制，而是如何防止这一机制落入某个派别的手中。

或者，我们可以考虑一下国家在改变收入或财富分配中的作用问题。经济学家关切的是分配后果的有效率，但只是在限定的意义上；他不问社会机理会为再分配或没有再分配而撕裂的可能性。但是社会并不仅仅因为其制度允许某种国家强制的财富再分配就"失去秩序了"。从社会秩序的立场上看，对这样一个社会，应当提出的问题是，再分配是否避免了（或在某些情况下鼓励了）诉诸更激烈的强制形式按照权力重新配置社会财富。（如同本书第5章显示的，这一点对于理解初民社会的社会组织是基础性的。）

再来考察一下在语言作为一种人类制度的性质问题上，布莱克斯东同边沁隐含的分歧。对于边沁来说，语言的价值大小取决于它在多大程度上精确且不含糊地传达了言者和作者的思想。因此，边沁对语言很不耐烦，他在著作中不断地与语言战斗、努力重新塑造语言、清除其中的含混之处，增强其透明性。布莱克斯东对待语言的未明言态度就不同了。他频繁地、有时甚至是过分地依赖明喻和隐喻，带着关爱制作并锤炼《英国法评述》中的句子。《英国法评述》始终体现了对语言和修辞技巧的精细敏感，这都表明布莱克斯东很关心如何把自己的思想融入优美、精细、撩人甚至是色彩斑斓的语言之中。[71]

在布莱克斯东以及边沁写作的年代，有一种古代的传统，除其

〔70〕一个例外，请看，Daniel Landau & Michael D. Bordo, "The Supply and Demand for Protection: A Positive Theory of Democratic Government with Some Suggestive Evidence" (U. Toronto, Faculty of Law, Law & Econ. Wkshp. Ser. N. WSII－20, Dec. 1979).

〔71〕碰巧，布莱克斯东还是一个像模像样的诗人，而边沁鄙视诗人，认为诗人用随心所欲的手段弄混了交流。

他地方外，在《新约圣经》中、在西塞罗那里以及在18世纪早期作家例如蒲柏和斯威夫特那里，你都可以发现这样的证据，即人们认为语言的形式是与文明（包括社会秩序之维护）的基本特征联系在一起的。例如，在蒲伯的《敦希埃德》（*Dunciad*）中，滥用语言就被当作延展社会瓦解的一个隐喻。[72] 在当代，这一传统的一个出色体现就是乔治·奥威尔的长篇小说《1984年》。这些作家都认为，控制语言就是控制思想、控制交流以及最终控制行动；在他们看来，与奥威尔的“新话”或其他发明出来的语言不同，传统语言是一种社会制度，具有巨大的稳定化影响，因为它体现了并保持了思想的习惯、推理的模式以及传统的价值，这些因素起到了一种支柱作用，抵制了突如其来的变化和绝对的政府。[73] 语言就如同自由的市场。没有立法机关或官僚机构来规定说话的形式、语言的结构或个人使用的语汇。这就如同一个自由的市场，一种语言就是一个非常复杂然而是私人的和非中心化的制度。[74]

44

阅读集权国家的修辞，你就会感受到政治绝对主义同时滋养了那种重塑语言的图谋，同时也为这种图谋所支撑；[75] 而反过来，一种传统的语言就是阻挡绝对主义的一道屏障。因此，如同我在前面提到的，边沁相信语言的可塑性，这里面就有一种他未意图的政治意义。也许，也并非完全是未意图的：边沁在《政府片论》中对布莱克斯东的抨击也是对以常规方式谈论诸如主权这些东西的一个并

〔72〕 请看，Aubrey L. Williams, *Pope's Dunciad: A Study of Its Meaning* (1955)，特别是页156－158。

〔73〕 维特根斯坦在一段惊人的文字中提出了这个思想，令人想起布莱克斯东一段关于普通法是哥德式城堡的隐喻文字（请看前注〔57〕）：“我们的语言可以视为一座古老的城市：一座由小街和广场、旧房与新房以及不同时代增加的房屋组成的迷宫；周围有许多新村镇，有笔直的、有规则的街道和统一的房屋。” Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, ¶ 18 (G. E. M. Anscombe trans., 2d ed. 1958).

〔74〕 本书第5章将讨论语言与习惯法的类似。

〔75〕 请看，Leon Lipson, *How to Argue in Soviet* (即出)。

非很不重要的抨击。

与布莱克斯东同边沁的分歧相关的分歧是他们对待个体推理能力之限度的态度。尽管“理性”这个词在布莱克斯东的书中要比在边沁的书中出现得更多，但很明确的是，布莱克斯东接受这样的观点（更为系统的阐述则是爱德蒙·伯克），即个人的推理能力是有限的，并且要谦卑地行使这种能力。[76]边沁看不到推理能力（特别是他自己的）在决定任何全新政策问题上，在没有权威、共识或先例帮助时的令人担忧之处。

在基督教神学中就有人类智识会出错的思想之根，基督教神学把堕落的人类受损伤的推理同天使的完美理性作了对比。布莱克斯东在讨论古老习惯时回应了这一观点。《英国法评述》中描写的撒克逊时期令人想起，比方说，《失乐园》中描述的伊甸园，在那里，清晰有力地行使自己精神感官的人，在被赶出伊甸园后，就再也没有获得这种能力了。在这种布莱克斯东版本的基督教神话中，英国历史中的撒克逊时代是人们完全了解法律原则的时代，那时，没有任何权威作为中介，而在诺曼征服之后，人就不得不为重新获得撒克逊的明晰目光而挣扎，依靠着诸如先例这样的拐杖。与基督教教会对应，英国法院是神的智慧与初始堕落后（受损的）人类理性之间的中介。

最后，让我们考察一下布莱克斯东与边沁在“自然”法与“实证”法问题上的分歧。最大胆的说法，这个问题就是，法律的标准究竟是如同布莱克斯东认为的那样，与神所启示并制裁的自然法一致（因此坏法的说法本身就是自相矛盾，因为坏法就不是法），还是如同边沁认为的那样，惟一可以称作法律的就是实证法，也就是由某个有权威制定法律的政府机构发布和颁布的法律。这个争论也

45

[76] 请看，例如，1 Comm. 69 – 70; Edmund Burke, *Reflections on the Revolution in France* 99 (Thomas H. D. Mahoney ed. 1955).

许看起来只是术语上的分歧，但它掩盖了关注社会秩序还是关注福利这一基本分歧的一个重要方面。在成文宪法保障的观点不为人们熟知的时代，自然法似乎指的就是像美国意义上的宪法这样一些东
46 西；也就是，自然法是颁布的（实证）法律之合法性的一个标准。在美国宪法体制中，我们确实遇到坏法的说法，遇到坏法不是法的观点；在因违宪而被废除的制定法中就结合了这两点。

对于任何负责任的有关权力和社会秩序的分析，限制执行部门和立法部门权力的问题都处于中心位置。而布莱克斯东，写作于美国革命和美国宪法之前的年代，对这个问题就比在此后年代写作的边沁更为敏感。想一想吧，从美国革命和法国革命中可能汲取的相当不同的教训会如何强化布莱克斯东的观点！而边沁既没有从美国革命中汲取正面的教训——把一个国家内部的一个多元平衡的权力予以制度化的可能性；他也没有从法官革命中汲取负面的教训——雅各宾主义的危险。

作为一位规范社会理论家，边沁是相当令人可怕的。但是他的可怕是因为他作为功利主义者太彻底了，还是因为他背离了功利主义？如果是前者，也许有可能在经济学中发现一个与功利主义或最大幸福原则不同的社会选择原则，一个支持布莱克斯东式的权利以及其他社会结构稳定化特点的原则？或者，边沁主义是否已穷尽了经济学的规范性内容？下面两章将讨论这些问题。

▼
▼
▼

第三章

功利主义、经济学和社会理论

我很怀疑最极端的功利主义——边沁主义是否是一个足够的伦理体系。这个怀疑也许看起来挖了法律经济学分析的墙角，无论是 48
实证的还是规范的法律经济学分析，都不能作为一种关于普通法是什么（要把一个难以辩解的法律规范划归普通法法官，这还可能吗？）的理论，甚至更明确一点，它不能作为一种关于法律应当是什么的理论。因此，那些最严厉批评法律经济学进路的人当中，有人抨击法律经济学是一种功利主义，这就不令人奇怪。[1]他们的程序是，先把法律经济学等同于功利主义，然后开始对功利主义发难。至于他们为什么采用这种程序，究竟是因为他们对哲学术语而不是社会科学的术语更得心应手呢，还是因为他们想利用时下对功利主义的哲学敌视呢，[2]这一点不重要。重要的问题是功利主义和经济学是否有区别。我认为有，并且我认为，我称之为"财富最大

〔1〕 新近的例子，请看，Richard A. Epstein, book review, "The Next Generation of Legal Scholarship?" 30 *Stanford Law Review* 635, 645 n. 35 (1978)，以及他的 "Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints," 8 *Journal of Legal Studies* 49, 74–75 (1979)。

〔2〕 现代哲学中这种对功利主义不屑一顾的倾向，有关的一些例子，请看，Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* 62, 201 (1974)；以及 Bernard Williams, "A Critique of Utilitarianism," in J. J. C. Smart & Bernard Williams, *Utilitarianism for and Against* 77, 149–150 (1967)。

化”的经济学规范为伦理学理论提供了一个比功利主义可能提供的更为坚实的基础。

功利主义与规范经济学常常被混同，而且也容易混为一谈。就一般理解以及我在这里的用法来看，[3] 功利主义认为，应当依据一个行动、做法、制度或法律推动的“社会”的各种居民（在有些类型的功利主义那里，是所有有知觉的物体）的总和幸福（“减去痛苦后的快乐之剩余”[4]）的效果来评判其道德值（moral worth），而这个社会也许是一个民族或整个世界。规范经济学认为，应当根据一个行动所推动的社会福利效果来评判该行动，这里的社会福利常常界定得很宽，乃至几乎就是功利主义的幸福概念的同义词，只是一般说来，社会福利的概念中不包括非人类存在物的满足。其他因素也强化了经济学同功利主义的等同，例如经济学倾向于用“效用”（utility）作为福利的同义词，[5] 比方说“效用最大化”的说法；还有许多杰出的功利主义理论家，例如边沁、埃奇沃斯（Edgeworth）和约翰·斯图加特·密尔，都是杰出的经济学家。雪上加霜的是，还有许多“福利经济学”（规范经济学的最通常说法）的从业者也把自己的活动说成是实用功利主义。[6]

49

〔3〕 这个术语有时用的更为宽泛、用来指任何后果主义的伦理理论。这种用法会包括本章提出的规范经济学理论。在我使用这个术语的意义上，也许应当称其为“古典功利主义”，有别于我提出的有制约的功利主义理论。

〔4〕 Henry Sidgwick, *The Methods of Ethics* 413 (7th ed. 1907).

〔5〕 一定要区分经济学中效用这个术语的一种特别用法。当两个结果有相同的精算价值（也就是说对一个风险中性的人这两个结果具有同样价值时），但在这两个后果之间作出选择的人并非风险中性时，这两个结果就可以说是效用不同而不是价值不同。因此，1 美元的确定性与赢得 10 美元的 10% 的机遇可以说有同样的价值，但是一个回避风险的人会更情愿（也就是说会获得更大的效用）要这个确定的 1 美元。这种效用的观点在广义上与价值问题上的纯经济学进路是一致的；而我们会看到，把效用当作幸福就与这一进路不一致。

〔6〕 关于福利经济学的功利主义基础，请看，例如，I. M. D. Little, *A Critique of Welfare Economics* 42 (2d ed. 1957); A. C. Pigou, *The Economics of Welfare* 20 (4th ed. 1932).

但是，即使把经济学当成实用功利主义，它也是一个同哲学功利主义很不相同的智识活动领域；它有一套功利主义哲学家也许不了解（其中许多人确实不了解）的技术性语汇、定理和方法。法律理论中的功利主义和经济学的历史把这一点点得很明确。尽管功利主义的起源，就像经济学的起源一样，要比《国富论》更早，在普里斯特利、贝卡利亚、休谟以及其他人的著作中都可以看见，但是直到斯密之后的一代人，直到有了边沁的著作，功利主义才发展到与经济学相当的程度。但是，尽管法律理论在边沁的时代就已经感受到了功利主义的冲击，却只是到了20世纪60年代，经济学才开始对法律理论有了实实在在的影响（只有像反托拉斯法等少数领域除外，反托拉斯法上的法律规范都明显是经济学的）。

而这时，功利主义已经对法律想像获得了坚实的影响。[7]刑事惩罚理论就明确是功利主义的。[8]在宪法案件审判上，拒绝"绝对"权利的概念，而赞同一种平衡标准，这不仅有很强的功利主义味道，[9]而且反映了处处都强调功利性考虑因素是法律规则和结果的决定因素。侵权法和合同法也都从功利主义方式切入了，[10]然 50

〔7〕 请看，例如，Henry M. Hart & Albert Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* 113–114 (tent. ed. 1958)

〔8〕 请看，例如，Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (1968)，特别是第13章。

〔9〕 有关言论自由的好例子，请看，United States v. Dennis, 183 F. 2d 201, 212 (2d Cir. 1950) (L. Hand, J.), aff. d, 341 U. S. 494 (1951)。

〔10〕 请看，例如，Henry T. Terry, "Negligence," 29 *Harvard Law Review* 40 (1915); Lon L. Fuller, "Consideration and Form," 41 *Columbia Law Review* 799 (1941)。霍姆斯认为世界上并没有任何履行诺言的道德责任，他的名言表达是：合同创建的责任是要么履行，要么支付损害赔偿；这就有很强的功利主义的风味。请看，Oliver Wendell Holmes, "The Path of the Law," in his *Collected Legal Papers* 167, 175 (1920)。并且埃姆斯也曾说："法律是讲功利的。它的存在是要实现社区的合乎情理的需求。如果某个个体的利益同法律的主要目标有冲突，必定会牺牲前者。" James Barr Ames, "Law and Morals," 22 *Harvard Law Review* 97, 110 (1908)。在法律著述中可以发现更早说到效用的很多。James Stephen, 4 *General View of the Criminal Law of England* 106 (1890)，引证了一个中世纪英国的侵扰案件："Le utility del chose excusera le noisomeness del stink." 并且，就像我们在1—章看到的，布莱克斯东的《英国法评述》中也包含了一些有关效用的重要参考资料。

而，尽管法律学者相信功利主义，他们却很少明确使用经济学的概念。在法律上偶尔有一些“经济学”进路的努力，主要说来，也最好称其为伪经济学（pseudoeconomic），[11] 尽管这一时期的某些研究文献都展示了对经济学理论的直觉性把握。[12] 当然，有许多司法判决也是如此。[13]

因此，一直到最近，功利主义都一直左右着法律理论，明确公开的经济学分析却很罕见。如今这种位置调过来了。今天，大多数
51 讨论功利主义的法律理论家都反对用它作为规范性法律理论的一个基础，[14] 这种倾向导致了 H. L. A. 哈特最近说，就美国法律理论而言，功利主义“目前正处于守势”。[15] 与此同时，如同本书第一章提到的，已经出现了相当数量的文献把经济学概念运用于法律，其明确性和精细程度都是功利主义支配法律理论的时期闻所未闻的。然而，问题还在，经济学和功利主义到底不同呢，还是相同？

---

〔11〕 例子之一就是侵权的“经济学”理论，受到了罗斯科·庞德的有效批评，请看，Roscoe Pound, “The Economic Interpretation and the Law of Torts,” 53 Harvard Law Review 365 (1940). 这个理论是，促成侵权法决定的都是决定这些案件的法官的个人经济利益。

〔12〕 请看，例如，Fuller and Perry 的论文，前注〔10〕；以及，United States v. Carroll Towing Co., 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947)（即“汉德公式”），本书第 1 章讨论过。

〔13〕 请看，同上；以及，Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, pt. II (2d ed. 1977).

〔14〕 请看，例如，Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977)；Richard A. Epstein，前注〔1〕，以及他的 “A Theory of Strict Liability,” 2 *Journal of Legal Studies* 151 (1973)；Charles Fried, *Right and Wrong* (1978)；Duncan Kennedy, “Form and Substance in Private Law Adjudication,” 89 *Harvard Law Review* 1685 (1976)；Harry H. Wellington, “Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication,” 83 *Yale Law Journal* 221 (1973). 然而，埃博斯坦在他新近的著作中，对功利主义的言词至少已经更平和一点了，他已经把功利主义当作对那种一心一意追求非功利规范的限制渊源之一。请看，Epstein, “Nuisance Law,” 前注〔1〕，页 75－102。

〔15〕 H. L. A. Hart, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream,” 11 *Georgia Law Review* 969, 986 (1977).

功利主义的一些问题

从一开始，就必须澄清功利主义理论的两个特点。[16] 首先，功利主义既是一种个人道德的理论，也是一种社会正义的理论。好人就是努力最大化幸福总量（他自己的加上其他人的）的人，而好社会就是一个追求最大化幸福总量的社会。其次，在大多数功利主义者看来的这一最大（maximand），并不是一种特别的心理状态，不是狂喜或兴奋或其他什么，而是最宽泛理解的满足。当人们（或生物）能够最大可能地满足他们的偏好时（而不论这些偏好是什么），幸福或效用就得到了最大化。但是这种表述并没有排除这样的可能，即 A 对 B 的真正偏好的了解也许比 B 还要强，也就是说，这没有排除家长制的可能。

对功利主义的主要批评之一就是它的领域不确定。在设计最大化最大幸福的政策时，应把谁的幸福计算在内呢？动物的幸福是否计算？J. J. C. 斯马特（Smart）就曾讨论过这个问题：

52

> 严格就其本身而言并限定在某个具体时刻，一只心满意足的羊也许同一位心满意足的哲学家没有两样。然而，这一点很难令

---

〔16〕 新近对功利主义的一些阐释，请看，John Plamenatz, *The English Utilitarians* (1958); J. J. C. Smart, "An Outline of a System of Utilitarian Ethics," in Smart & Williams, 前注〔2〕, 页 3; Rolf E. Sartorius, *Individual Conduct and Social Norms: A Utilitarian Account of Social Union and the Rule of Law* (1975). 古典的解释，特别请看，Jeremy Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789); Henry Sidgwick, 前注〔4〕; Leslie Stephen, *The English Utilitarians* (1900). 就像前面提到的（请看前注〔3〕），我不打算彻底清算功利主义这个术语中许多自身独特的含义，因此我把它界定为一组伦理原则，在这些原则中，一个行为的道德性是根据其社会后果来评判的。

人赞同。如果我们赞同，我们就不得不同意，理想的状态应当是通过避孕方式减少人类人口，而相应地增加羊的总量。也许只应当留下这么多人，因此可以保持无数平和的、处于心满意足的闲散状态的羊，并让他们免于凶狠野兽的捕食。如果一个心满意足的傻瓜确实与一位心满意足的哲学家没什么两样，并且如果一只心满意足的羊与一个心满意足的傻瓜也没有什么两样，那么一条心满意足的鱼也就与一只心满意足的羊没有什么两样，并且一只心满意足的甲壳与一条心满意足的鱼也就没有什么两样。那么我们该在什么地方打住呢？[17]

斯马特没有回答他的最后一个问题。尽管他感到"很难同意"把心满意足的羊等同于心满意足的哲学家，但他不能在功利主义理论中找到任何区分它们的基础，并且到了最后，他相当蹩脚地评论说："用更大量心满意足的羊和猪来替代大多数人口，一般的幸福是否就会增加，这并不是一个发挥任何想像力就可能变得活生生的问题。"[18]

53 由于广义上的效用是许多动物都有的，因此，功利主义理论看起来就要求把羊和猪都包括在其幸福应当予以最大化的总数之中。斯马特的分析就有这样的意味。但是，在这样一种不能区分人和羊的哲学体系中，一定失落了些什么。一位司机急转弯，想避免轧到两只羊，却有意轧死了一个孩子，这种人在功利主义道德中不可能认为是坏人，因为他的行动也许增加了世界上的幸福数量。

我们可以像弗兰克·奈特（Frank Knight）那样说，人们并不想要那种也许包括了动物希望的那种幸福以及任何其他形式的满足："有常识的个体实际最先想要的东西并不是满足自己有的那些愿望，

---

〔17〕 Smart，前注〔16〕，页16

〔18〕 同上，页24－25。

而是要满足更多并且是更好的愿望。”[19] 但是，这只是另一种老派的功利主义游戏，这并不会导致确定的结论，而只是在一些不可避免的、流变且主观的基础上区分了“高级”和“低级”的偏好而已。

功利主义还有一个边界问题，关系到外来者。美国的政策是否应最大化美国人的幸福，而完全不考虑外国人的幸福？或者是要有一种更世界化的视角？并且，未出生者又该怎么办？如果把他们也包括到应予以幸福最大化的人口总数中来，也许就会在人工流产、收养、同性恋、储蓄以及其他问题上得出一些很不相同的政策，与只把目前的活人算入幸福计量所指示的政策不同。外来者或未出生者是否应当包括在内？这并不是一个功利主义可以直接解决的问题，而且，这看起来也还是有问题，如果真把效用最大化当真，那就一定要使用尽最大可能理解的相关的物种总数。

与外来者和未出生者的问题相联系的是一个老争议，即功利主义的目标应当是最大化幸福的平均值还是幸福的总量。如果把孟加拉国人口中比较贫困的那一半人都杀了，剩下的那一半人的生活标准——以及（就某人知道的一切而言）他们的主观幸福——都会增加，因为人与土地的比例以及人与其他自然资源的比例都会更高。然而，这样一来，幸福的总量也许会更少。与此相类似，高出生率也许会导致一个人口稠密的国家生活标准降低，并且，伴随这一点，导致该国的幸福平均值降低，但是这种损失也许会被所增人口的满足度——尽管数量可能很少——抵消，还有剩余。在功利主义理论中，没有明确的基础可供选择幸福平均值还是选择幸福总量，但是后者与简单坚持“最大化的是效用”的说法前后更为一致。

54

总之，功利主义的逻辑看上去赞同以全宇宙幸福总量的最大化

[19] Frank Hyneman Knight, *The Ethics of Competition, and Other Essays* 22 (1935)；又请看，同上，页32。

作为伦理目标。因为这一目标看来只有让许多人遭受不幸（我们当中某些人得给所有的外来者、羊或其他什么东西让出一块地）才可能获得，因此，功利主义者就总是要寻求一些限制这一边界的办法。但是，要这样做，他们就一定要走出功利主义。

另一个问题是，没有一种方法来计算某个决定或政策对相关计数总量的影响。[20]哪怕只是在人类总量之内，也还是没有可靠的技巧来测度与某个个体的满足度改变相关的另一个体的满足度改变。

似乎，帕累托的进路也许会提出一个解决测度满足度问题的办法。如果某个变化改善了至少一个人的状况，而没有人变得更糟，这个改变就是帕累托最优。这样一个改变，从定义上看，就增加了世界上（人类的）幸福总量。帕累托进路的优点是，它要求的信息只是边际的效用，而不是总体的效用。而且，看起来，手边就有某种操作设置来实现这种帕累托最优，即自愿的交易，这种交易，从定义上看，就是使双方都比他们此前改善了。然而，没有任何其他人受一个“自愿”交易的影响，这个条件，只有在罕见情况下才可能满足。更重要的是，用自愿的交易和自由市场的办法解决效用测度问题，这取决于两个非常关键的问题：交换的物品是否初始就分配了，因此可以使幸福得以最大化（拥有货币的人是否就是那些从可以用货币购买到的东西中获得最多幸福的人？），以及一个自由市场构成的体系是否创造了比其他替代的资源配置体系可能创造的幸福更多。

然而，难以从伦理前提得出具体的政策，这并非功利主义独家
55 面对的难题；看起来这是伦理讨论的一般特点。在当代的康德派

〔20〕 如同哈耶克所说的，实行功利主义所要求的前提是无所不知。2 F. A. Hayek, *Law, Legislation, and Liberty* 17 – 23 (1976).

(Kantian) 法律权利理论家中，[21] 只要比较一下查尔斯·弗里德和里查德·埃博斯坦就可以了，他们从看起来完全一样的、尊重人的尊严和自主这些前提开始，得出了根本不同的政策寓意。[22]

功利主义并不比其他竞争的道德责任理论更不确定，但这一点也许不能让人们同功利主义和解。特别是，如果你赞同有限政府的话，假定，边沁的信仰是正确的，即在对不同个体的收入影响他们的幸福程度没有任何实在了解的情况下，我们应假定每个人在这方面都大致差不多。然而，我们就需要增加一个并且碰巧也言之成理的假定——货币收入的边际效用递减——才能获得一个支持收入平均化目标的功利主义基础。因为基于这些假定，就很容易显示，收入和财富平均分配产生的幸福要比其他任何分配产生的幸福都更多。[23] 除非是实现和维系这样一种分配的成本等同于或超过了这种分配的收益。这一限定非常关键，但是它要求在某个领域反对收 56
入平均化的人承担举证责任，而在这里，证据很难获得，这一点是出了名的。这个例子就例证了上一章提出的一个观点：如果用不可能有幸福痛苦微积分这一点来证明功利主义者使用猜测的正当性，那么就没法限定言之成理的公共干预私人活动的概率。

---

〔21〕在"康德派"的使用上，我沿用了阿克曼的用法。请看，Bruce A. Ackerman, *Private Property and the Constitution* 71－72 (1977)。我用这一术语指这样一个有联系的伦理理论家族，它们都让社会福利从属于人的自主和自我尊严的概念，以此作为伦理行为的标准。这样的理论无须，并且常常不，与伊曼努尔·康德的思想非常类似。关于康德的思想，请看，Bruce Aune, *Kant's Theory of Morals* (1979)。

〔22〕除了其他许多分歧外，弗里德还拒绝埃博斯坦的立场，最明显的是，侵权责任应当是严格责任。请看，Charles Fried，前注〔14〕，页 107；以及他的，*An Anatomy of Value: Problems of Personal and Social Choice* 187－189 (1970)。

〔23〕请看，Jeremy Bentham, "The Philosophy of Economic Science," in 1 *Jeremy Bentham's Economic Writings* 81, 115－116 (W. Stark ed. 1952)；Abba P. Lerner, *The Economics of Control: Principles of Welfare Economics* 35－36 (1944)；Sartorius，前注〔16〕，页 131。

在这个不确定性问题中，混进了一个相关的对功利主义的反驳：人们也许会称其为工具主义的危险。如果允许人们拥有财产、自主选择婚姻、换工作等等可以最大化幸福，那么功利主义者就会赋予人们对这些事物拥有权利，但是如果像对待羊那样对待人可以增加幸福，那么权利就会甩到一边去，全权国家的人们看来不如民主国家中的人们幸福，但如果更幸福，那么始终如一的功利主义者就不得不支持全权国家。因此，功利主义看起来把意义重大的权利建立在一个并不比"什么东西会促进'幸福'"的经验感受更为现实的基础之上，而这种感受不能为我们已有的或有可能获得的任何工具证实，尽管有些人会发现这一小片或那一小片的证据（例如，柏林墙）很有说服力。即使在自由国家的框架之内，那些并不怯于提出有关幸福分布之大胆经验猜测的功利主义者也可能得出一些相当可怕的政策建议。[24]

"道德上可怕"确实是功利主义的一个主要问题。应当区分两类可怕。一种出自功利主义者拒绝对各类快乐作道德区分。假定，A用空闲时间摘苍蝇翅膀，而B喂养鸽子，并且因为A要比B感受快乐的能力更大，因此他从闲暇时间中获得幸福也更多。如果不讨论苍蝇的不幸福以及鸽子的幸福，那么一个始终如一的功利主义者就不得不判定A是比B更好的一个人，因为A的活动要比B的活动更多增加了幸福总量。

另一类道德可怕来自功利主义者随时准备在社会需要的祭坛上
57 牺牲无辜的个体。阿兰·德奈根（Alan Donagan）给出了下面这个例子：

---

[24] 如果公道的对待功利主义者，就应当提到，主要是边沁从功利主义的提演绎出了一些令人难以思议政策，他是这些政策的主要且源源不断的来源。尽管如此，功利主义者也还常常是干预主义者。请看，例如，3 Stephen，前注[16]，页228－229，对J. S. 密尔的干预主义建议的讨论。

> 很可能有这样的情况，你不施加痛苦地且无人察觉地谋杀了你心狠、年迈且不幸福的祖父，比起你不这样做，这样做会带来更多的善和更少的恶：他会摆脱那件苦苦挣扎的生命；他的孩子也会因为遗产继承感到高兴，而且也不用再受他的气了；而你也许会预见到获得奖励，这种奖励发给那些秘密做了好事的人。然而，任何人都会严肃地认为，一个带来这种结果的立场是可怕的。[25]

德奈根论证说，一个始终如一的功利主义者会不得不认为这位谋杀者是好人。这个论证看来是正确的。当然，这位功利主义者会指出，谋杀可恶的祖父有可能减少了幸福。世界上的其他祖父们知道了有这种惯例，他们会很不幸福。而且从长远来看，对继承者也并不好，因为这种惯例会使人们不敢积累遗产。但是，一旦规定了谋杀将在不知不觉中进行，那么在个人道德层面上，任何反对把杀害可恶祖父的人当作谋杀之例外的论点都会没有力量。然而，要说德奈根的例子中的谋杀者是个"好人"，这就会让人无法接受地违背了常规的道德概念。

同个人选择的层面相比，这种可怕在社会层面还不是功利主义的一个很严重的问题。随机挑出一个无辜者处死，以便实现某些社会目的，这是一回事；而建立一种不可避免地会让某些无辜者受害的制度结构，例如刑事惩罚制度，则是另一回事。你没有办法设计出一个会把错误定罪的概率降为零的惩罚制度。然而，即使在社会选择的层面，功利主义也可能导致可怕的结果。假定有一群人，相比起社会的其他人来说，他们人数很少，很悲惨，也很为人们痛恨，因此，把他们消灭干净会增加社会的幸福总量；那么，一个始

---

[25] Alan Donagan, "Is There a Credible Form of Utilitarianism," in *Contemporary Utilitarianism* 187, 188 (Michael D. Bayles ed. 1968).

终如一的功利主义者就会感到很难谴责消灭这些人，尽管他有权提出，这样做可能给那些担心下一个是否自己会被消灭的人们带来焦躁感的费用问题。

如果可怕是功利主义的一个危险，那么道德上的神经过敏或胡思乱想就是康德式理论家的一个危险。伯纳德·威廉姆斯（Bernard Williams）就提出过吉姆的情况，吉姆是某个落后国家官员的客人，这个官员正打算处死一伙政治犯。[26]这个官员对吉姆说，如果吉姆枪毙了其中一人，他就会放了其他政治犯。威廉姆斯论辩说，吉姆如果枪毙了一人，他没有任何责任，因为干坏事与没有防止干坏事情况不一样。但是，在这个例子中，你很难发现这种不一样。如果吉姆拒绝这位官员的邀请，所有犯人都会死；如果他接受了这一邀请，只有一个人死。这里也没有其他的交换。如果吉姆拒绝这一邀请，没有人会得到改善；除一个人外，所有人的状况都更糟了。

58

大多数康德派人士都努力避免不切实际的异想天开，做法是允许在他们施加的绝对义务上开一些口子。[27]他们会说，哪怕是可以证明（如同边沁认为的那样）刑讯就总体而言会最大化幸福，刑讯还是不公的（wrong）；但随后，他们又会承认如果刑讯一个人为拯救整个人类所必须，那么刑讯此人，也就不能算错。然而，一旦作出了这一点让步，逻辑上就没有中止点了。如果必须处死两个无辜者来拯救两亿美国人，如果必须处死10个人来拯救300万芝加哥人，如果必须处死20人来拯救芝加哥某社区的6万居民，该怎么办？

康德主义趋向同功利主义合流的一个例证就是约翰·罗尔斯的道德哲学。尽管罗尔斯的前提都是康德的，并且也拒绝功利主义，

[26] 请看，Bernard Williams, "A Critique of Utilitarianism," in Smart & Williams, 前注[2], 页77, 98－99。

[27] 关于这一进路的一个例子，请看，Fried, 前注[14], 页10。

因为功利主义“没有认真对待人与人的差别”，[28] 但他还是把正义界定为诸多个体在“初始位置”上作出集体选择的后果，而所谓初始位置上的个体都是没有任何个体特征的。他认为，这些虚构的人会选择一些将最大化自己效用的正义原则，并且，由于他还假定这些人都非常注重风险回避，因此这些人也还会选择一个以牺牲更多个体经济自由来换取社会保险的原则。罗尔斯的社会正义原则很类似于边沁的收入平等最大化的原则，但受保持个人生产活动有激励这一点限制。在这两种情况下，最佳程度的平等就取决于对个体边际效用的范围和形态一览表以及平均主义政策的独特后果的经验直感。罗尔斯的理论必须有这些直感，这就使他的理论也具有了一种不确定性，同一直纠缠着边沁理论的不确定性相同。罗尔斯的“无知帷幕”概念也很像经济学家阿巴·勒内（Abba Lerner）运用的、从最大幸福原则中演绎出的收入平等规范的方法。[29] 勒内说，由于我们不了解人们边际效用函数的高度，因此，最好的假定就是边际效用函数之高度与收入无关联。[30] 因此，另一位福利经济学家，约翰·哈桑尼（John Harsanyi）许多年前就预见到了罗尔斯正义原则的核心（原初位置上的人作出的理性选择），这就不令人意外了。[31]

概括说来，无论是把它作为一个个人道德的体系，还是作为指导社会决策的指南，功利主义都有一些严重的缺陷；但是，通常作 60

〔28〕 John Rawls, *A Theory of Justice* 27 (1971).

〔29〕 在这一点上，我得感谢加里·贝克尔

〔30〕 请看，Lerner，前注〔23〕.

〔31〕 请看，John Harsanyi, "Cardinal Utility in Welfare Economics and in the Theory of Risk-Taking," 61 *Journal of Political Economy* 434 (1953). 罗尔斯承认哈桑尼的贡献，请看，Rawls，前注〔28〕，页137注〔11〕，页162注〔21〕。哈桑尼仍然是功利主义的最精细的阐述者。请看他的，"Morality and the Theory of Rational Behavior," 44 *Social Research* 623 (1977). 我将在本书第4章中进一步讨论罗尔斯和哈桑尼的“初始位置”。

为功利主义之替代的康德主义就其自身而言也有严重缺陷；缺陷之一就是它很像功利主义。就在这样一个背景下，再来让我们考虑一下，经济学分析是否可以作为一个替代的道德体系。

财富最大化作为一个伦理概念

财富与效用的对立

自打亚当·斯密以来，在经济学上"价值"这个术语一般都是指交换价值，即在市场上测度的或至少是可以在市场测度的价值，无论是明确的还是默示的。从价值的概念又得出了社会财富的概念，后者是社会中以价值测度的所有物品和服务的总和。[32]

尽管价值的概念无法同市场分离，但是价值又与价格不是同一个东西。一个物品的市场价格是该物品对于边际购买者的价值，边际内的购买者会认为该物品的价值更高，也就是说，如果价格更高一些，他们也还是愿意支付更多一点来获得该物品。社会的财富包括的不仅是市场价值，也就是说，不仅是市场生产出来的所有物品和服务的数量乘以价格，而且还包括这些物品和服务产生的全部消费者和生产者的剩余。[33]

在价值这个概念上，最应当牢记的是，价值的基础是人们愿意为某个东西所支付的东西，而不是人们可能从拥有此物中所获得的

---

[32] 一个很有用的关于福利定义，包括财富，的分类学，请看，Frank I. Michelman, "Norms and Normativity in the Economic Theory of Law," 62 *Minnesota Law Review* 1015, 1019 – 1021, 1032 – 1034 (1978)。

[33] 参见，例如，以及特别的注[57]。

幸福。价值和幸福当然有联系：一个人只有在拥有某物会比他为获得此物而必须放弃的其他物品或服务（包括闲暇）给自己带来的幸福（在宽泛的功利意义上）更多之际，他才会购买此物品。但是，尽管价值必定隐含了效用，效用却并不必定隐含了价值。一个个体，他会很想获得某种物品，但又不愿或无法为此支付任何东西，也许因为他很穷，那么在我使用的"价值"这个术语的意义上，他就不是看重该物品的价值。

与此大致相同，社会的财富就是由货币支撑的（也就是在市场上注了册登了记的）诸多（这是在财富最大化体系中惟一有道德分量的偏好）偏好的总体满足。然而，这个市场不必须是明确的。许 61
多经济生活仍然围绕着易货贸易原则组织进行。"婚姻市场"、孩子养育以及桥牌友谊赛都是这样的例子。这些服务都有价值，都可以参照明确市场上出售的替代性服务或以其他方式予以货币化。这些服务就例证了重要的一点，即不能把财富等同于国内生产总值或等同于任何其他货币性财富的实际测度。一个社会并不必定因为妇女都从家务活（非自愿的）转向卖淫，或因为某个富人过去都是向慈善事业捐钱（因此增加了其他人的消费）而如今都花在自己身上而变得更富裕了。

在分析社会财富时，另一类不明确的市场也很重要，这就是猜想的（hypothetical）市场。可以比较一下两种情况。一种情况是，我出价5美元向你购买一袋橘子，你接受了。这一交换就完成了。现在，这个社会的财富必定是更多了。因为，在交易之前，你有一袋对于你来说价值不到5美元的橘子，而我有5美元；交易之后，你有了5美元，而我有了一袋对于我来说价值不止5美元的橘子。然而，假定我没有向你购买这些橘子，而我是不小心把这些橘子都踩烂了。法院运用勒尼德·汉德的过失责任公式，[34] 会问，这一事

[34] 请看本书第1章

故对你来说的预期成本是大于还是小于某种活动（这一事故是这一活动的副产品）对我来说的预期成本。要回答这个问题，法院就不得不作出一个判断，这些橘子对你来说价值如何，我快步行走对于我的价值又如何，以及诸如此类的问题。纯粹派人士会坚持认为没办法知道相关的价值，因为没有实际的市场来揭示这些价值，但是我认为在许多情况下，一个法院可以对会带来财富最大化的资源配置问题作出合乎情理的精确猜测。然而，由于法院作出的价值确认不如市场作出的价值确认精确，因此就应保留这种猜想的市场进路来处理案件，比方说典型的事故案件。在这种案件中，市场交易的费用太高使人们无法使用实际的市场来有效配置资源。

分析猜想的市场在普通法的经济学分析中扮演了重要角色。有许多普通法看来都是设计用来（无论是否明显）在市场交易费用太高、因此用市场进行资源配置不可行的情况下，像实际市场可能的那样来配置资源。分析猜想的市场还明确了一点，即财富最大化与幸福最大化并不相同。假定一个释放污染的工厂降低了一个地区200万美元的房产价值，但如果工厂搬迁（假定这是消除污染的惟一方法）的费用会是300万，并且以此为基础，在房产主人提出的侵扰诉讼中，工厂就获胜了。房产主的不幸福也许会超过工厂主逃过200万美元判决后的幸福（后者也许由数千个股东组成，他们每个人在这个企业中都只有很小的利益）。现在，把这些数字调过来，假定地产主很富有，并且假定如果工厂必须关门，工厂工人会忍受沉重的搬迁费用，当地的许多小商人也都会因此破产。那么一个迫使该工厂关门的判决会是有效率的，但它不大可能是幸福最大化的。

为什么财富最大化不代表古典功利主义意义上的效用最大化？另外一个例子是，想一想一个为了自己妻子而决定偷窃一条钻石项链的穷人。这根项链的市场价值是1万美元，并且让我们假定，对于项链所有者来说这也是项链的主观价值。这也就是说，项链所有

者会愿意为1万美元以上的任何价格出售该项链。对这一偷窃的最佳处罚（基于该项链的价值、抓获并将窃贼定罪的概率、刑事司法体制运作的费用、自我保护的费用以及其他费用），让我们假定，是2.5万美元；对于这个贫穷的窃贼来说，已经确定了与不能支付这2.5万美元罚金的窃贼的反效用相等的一个刑期。在这种情况下，我们可以合乎情理地确信，如果这个穷人还是偷窃了，那么社会的幸福总量就会上升，尽管他不能支付这笔罚金。这个窃贼获 63
得的效用一定大于他给社会带来的反效用（表现为受害者的费用、刑事司法制度运作的效用以及由于犯罪带来的不安全感等等），因为这种反效用已经施加在他的身上了，表现为监禁的预期反效用，但他还是不顾这一切地偷窃了。但这个偷窃并没有增加社会的财富，因为这既不是一个自愿交易，也不是一个猜想的市场交易的结果。用实际的市场交易的话来说，这个窃贼不愿（基于没有能力）支付这一项链表明：这条项链对于他的价值不如对于项链所有者的价值高。猜想的市场分析也不保险，因为这里没有过高的市场交易费用问题，因此不能说允许该窃贼绕开市场是正当的。即使这个例子中使用了猜想市场的进路，也还是不会导致把这根项链奖给这个窃贼，因为在情愿为之支付的意义上，这根项链对他来说的价值并不比对项链所有者更高。然而，如果有某个缺钱的人不希望饿死，闯进了一所无人居住的木屋，偷了食品，就可以适用这种猜想的市场进路。在这种情况下，交易费用会高不可攀，因此有理由从经济学的意义上认为，这些食品对这个窃贼来说价值要高于对于食品所有者来说的价值。

财富与幸福之间的关系不确定还有进一步的反映，这就是富国居民似乎并不比穷国居民更幸福，尽管在各国内部，富人看起来要

比穷人更幸福。[35] 亚当·斯密并不是一个功利主义者，也不是一位"福利经济学家"，但他就认为，人们都上当了，都认为如果自己更富裕一点就会更幸福。但是斯密毫不怀疑这种信念非常普遍，并且是人类进步的一个最根本的激励因素。[36]

不仅财富不能等同于幸福，而且用经济学的语言来表述同样的观点，人们也不仅仅是财富最大化者。在大多数人的偏好中，财富是一个重要因素，因此就分配给偏好的实际权重而言，财富最大化很像是功利主义，但财富最大化并不是这些偏好的汇总。这就是为什么实证经济学理论都认为，人们在广义上，在功利主义的意义上，是效用最大化者的原因，而且，为什么人们常常把经济学和功利主义都当作伦理体系混为一谈，这也是一个原因。

64

在结束我对财富最大化之含义的阐述之前，我还想澄清一下"愿意支付"这个至关重要的概念。假定我拥有一所市场价值为10万美元的住宅。有可能我不会为低于（比方说）12.5万美元的价格而出售这所住宅（该住宅的市场价值是它对于市场上边际购买者的价值，而我的偏好也许与他的偏好不同）。但是，也有可能，如

[35] 请看伊斯特林的两篇文章，Richard A. Easterlin: "Does Money Buy Happiness?" *Public Interest*, No. 30, Winter 1973, 页3; "Does Economic Growth Improve the Human Lot? Some Empirical Evidence," in *Nations and Households in Economic Growth: Essays in Honor of Moses Abramovitz* 89 (Paul A. David & Melvin W. Reder eds. 1974)。

[36] 因此，令人吃惊的是《国富论》有时被认为是功利主义的论著。例如，Plamenatz，前注[16]，页111；罗尔斯，前注[28]，页22－23注9）以及页184－188。之所以把《国富论》说成是功利主义的，是因为在罗尔斯看来，斯密伦理学的"无偏私的观者"就是功利主义的"总和人"。其实，这个无偏私的观者更像是罗尔斯的初始位置上的人：两者都强调无偏私是正义的根本（Little，前注6），页79注[2]，提到（但没有展开这一点）亚当·斯密写的是"财富"，而不是"福利"或"幸福"。关于亚当·斯密的伦理观点，请看，R. H. Coase, "Adam Smith's View of Man," 19 *Journal of Law and Economics* 529 (1976); James M. Buchanan, "The Justice of Natural Liberty," 5 *Journal of Legal Studies* 1 (1976); Donald J. Devine, "Adam Smith and the Problem of Justice in Capitalist Society," 6 *Journal of Legal Studies* 399 (1977)。

果我不拥有这所住宅（这是我的主要财产），我就不会愿意为之支付多于7.5万美元，因为这就是我能“买得起”这所住宅的全部价格。那么这所住宅究竟是值7.5万美元呢，还是值12.5万美元？答案取决于我是否拥有这所住宅。但这并没有结束这一分析，因为，假定我拥有这所住宅，我们就必须考虑我的所有权是否与分配权利的适当伦理原则（分配正义的原则）前后一致。为了说明这一点，我提一个很强烈的例子。比方说，在某个专权国家，有一小群政府官员拥有数量巨大的珍贵商品——权力。如果把他们为放弃权力而提出的要价当作确定该社会财富的因素之一，那么，就不清楚引入民主制度是否会增加财富。但是，除了在这种不大可能的事件（即这些老板当初是通过市场交易或猜想的市场交易获得这些权力的）外，在测度社会财富时，这些权力对于他们的“价值”就不比窃贼从偷窃中获得的“价值”有更多的相关性。

65

财富最大化、道德以及正义

如果财富并不只是幸福的另一名目，并且也肯定不是，那么为什么应当认为追求财富在道德上高于追求幸福呢？这就是本章和下一章的中心问题。

功利主义之所以让如此多的道德哲学家恶心，在于功利主义似乎在邀请社会大举侵入个人自由的领域，不论是以动物幸福的名义，还是以诺日克的“效用恶魔”[37]之幸福的名义，或是以边沁想像的、某种让人们真正幸福的东西的名义。但是不折不扣地坚持个人自由或自主，完全不管社会中人们的幸福或效用，看起来也同样不对，同样让人无法接受。因此如今人们日益感兴趣，想努力把功利主义传统和康德主义传统以某种形式结合起来，就像理查德·

[37] Nozick，前注〔2〕，页41

埃博斯坦新近的著作那样。[38] 可以把财富最大化伦理看作是这些对立的哲学传统的一种混合。财富同效用正相关，尽管不是完美的相关，但是，就基于自愿的市场交易模型而言，追求财富要比古典功利主义更尊重个人的选择。

我们再一次比较一下两个人，前者愿意为一条项链支付1万美元，而后者没有钱但愿意承担一种非货币的反效用，相当于放弃这
66 一数量的钱的反效用。前者的立场在道德上更高一些，因为他是通过给他人——也就是所有者带来收益来增加自己的福利。更重要的是，购买者的1万美元完全可能通过生产活动累积起来了，这种活动除了有利于他自己外，也有利于他人，无论是他的雇主、消费者或者是他父亲的消费者。如果我们认为一个人的收入要少于他生产的总价值，[39] 就会得出结论认为这个生产的个体给予社会的要多于他从社会中索取的。因此，在我们的例子中，如果这个购买者不仅给项链所有者带来了净收益（否则的话，他就不会接受1万美元），而且他在生产活动中累积这些钱的每一阶段都给生产者之外的其他人带来了净收益。相比之下，这个窃贼没有给项链所有者以及其他任何人提供任何收益。他对这一项链的、功利主义者也许会承认的“权利”（claim）都基于感官，即感受快乐的能力，而这对其他人来说也许一文不值。哪怕是在如果盗窃对于窃贼的效用不超过对被窃者的反效用窃贼就不大可能出现的社会中（因为那里的惩罚极为严厉），“窃贼”这个词的使用也带着贬义，这一事实就是一位功利主义者无法解说而财富最大化可以解说的、有关我们伦理信仰的资料根据。

这一讨论还与另一个问题有关，即在设计一个有效率的惩罚制

---

〔38〕 请看，前注〔1〕引证的侵扰法论文。文中，埃博斯坦提倡一些基于受功利主义制约的个人自主概念上的法律原则。

〔39〕 请看后注〔57〕。

度时，是否应把窃贼从偷窃中获得的效用计算在内。[40]如果所有的偷窃都是在低交易费用场合发生的纯强制交易支付，那么这个窃贼 67
的效用就无权得到任何考虑，因为这些偷窃并不创造财富。但也并非所有的偷窃都是这种类型。想一想我在前面的例子，一个人在森林里迷了路，闯进了一所无人居住的木屋，偷了他要活下去就必须有的食品，在这里，同食品所有者进行交易的费用就高不可攀，这一偷窃就是财富最大化的，因为在严格的经济学意义上，这些食品对这个窃贼要比对食品所有者更有价值。由此得出的结论并不是，在这种情况下这个窃贼不应受到惩罚，我们也许还是想惩罚他，以保证如果不确实是财富最大化的情况（也就是，对这个窃贼产生的收益大于这位受害者的损失）就不会有人偷窃。我们得出的结论是，这个惩罚应当定在这样一个水平上，即镇慑偷窃，除非是这个偷窃是财富最大化的。相比之下，如果偷窃从来没有社会价值，惩罚的程度就只应当按照施加惩罚的成本来限定。

经济自由是另一种可以更坚实地建立在财富最大化而不是在功利主义基础上的价值。无论你依据平等的理由可以对自由市场提出什么反驳意见，市场经济会最大化一个社会的财富，这几乎是经济学家的普遍看法（包括马克思主义经济学家）。应当明确，这是一个经验的判断，但它所依据的基础要比自由市场会最大化幸福的主张更为坚实。

大多数常规的虔信，信守诺言、说真话以及诸如此类，也都可以从财富最大化的原则中引申出来。坚持这些美德会使利交易，因此会推动贸易，并因此会通过自我保护、详细的合同、诉讼以及其

---

〔40〕 请比较两篇文章，Gary S. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach," 76 *Journal of Political Economy* 169 (1968). George J. Stigler, "The Optimum Enforcement of Laws," 78 *Journal of Political Economy* 526 (1970).

他来减少监管市场的费用，从而促进了财富。[41] 甚至利他主义（仁慈）也是一个经济的原则，因为它可以替代高昂的市场和法律过程。[42] 然而，甚至这位利他主义者也许也会决定把自己的服务出售给叫价最高的人，而不是捐赠给最需要的申请者。因为以“愿意支付”之外的手段来确定需求，成本会很高。按照价格来配置比按照“需求”或“值当”（desert）来配置，也许会给社会的其他人带来更大的净收益。[43] 按照价格来配置还会导致财富的更大累积。
68 这位利他主义者可以把这些财富全部或部分地给出去，但他还是不希望花费太多时间来筛选慈善申请人，花太多时间会大大减少他的产出性工作，并会大大减少慈善给其他人带来的收益。

概括说来，财富最大化原则鼓励并奖励传统的、与经济进步相

[41] 请看，*Altruism, Morality, and Economic Theory* (Edmund S. Phelps ed. 1975); Posner，前注〔13〕，页 185－186。

[42] 一个具体的例子，请看，Williams M. Landes & Richard A. Posner, "Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism," 7 *Journal of Legal Studies* 83, 95 (1978)。

[43] 哈耶克有过很好的表述：“我们还是看重做好事，只是如果这样做对已知的人的具体的已知需求有好处，并认为帮助一个我们了解的饥寒交迫者要比解救上百个我们不了解的人的急切需求更好；但是事实上，我们做的大多数好事，一般都是通过追求利益而做的……成功的企业家希望用自己的利润来追逐的目标完全可能是为家乡提供一所医院和一座艺术画廊。但是除了在他挣到钱后想用自己的利润做什么事外，如果他集中关注满足他了解的那些人的需求，他因追求他可能获得的最大收益而使更多的人获益了。市场的看不见的手引导着他，给他根本不了解的最贫困的一些家庭带来了现代的使利这样的救助。”2 Hayek，前注〔20〕，页 145。

联系的“卡尔文主义者”或“新教徒”的美德和能力，[44]也许会有人怀疑，这一幸福原则是否还隐含了同一套美德和能力，特别是因为在坚守这些美德和能力中隐含了一定程度的自我否定。功利主义者会不得不在一定程度上强调那种享受的能力、强调自我放纵以及其他享乐主义和伊壁鸠鲁主义价值，至少等同于对勤奋和忠诚的强调，功利主义者强调后一类价值仅仅因为这些价值趋向于增加财富、并因此也许会增加幸福。

财富最大化之所以是一种更可以得到辩解的道德原则，还在于它也为分配和校正正义提供了一个更坚实的基础。有人曾论辩说，在一个市场经济中，被交换的权利之来源本身必然外在于财富最大化原则。[45]事实上，这一原则规定了建立一个人身和产权体制，这个体制如果很理想就会延伸到所有稀缺的、受珍视的物品，不仅是不动产和动产，而且还有人的躯体甚至观念。应当明确，有时这些权利必须受到限定，因为保护这些权利的费用问题（这就是为什么专利、版权以及相关的法律只保护一小部分有价值的观念），或 69

（44）当然，并非每个人都同意：市场促进了人的优点。约翰·拉斯金就说：“在一个仅仅受供求规律规制但不受公共舆论约束的社区中，那些成为富人的人，一般说来，都是很努力的、果断的、骄傲的、贪求的、及时的、有办法的、讲道理的，不胡思乱想的、不敏感的并且是无知的人。偶然贫穷的人都是太傻、太聪明、太困惑的、太鲁莽、太谦恭、想的太多的、太沉闷、想像力太丰富的、太敏感的、信息太多的、太不审慎的、脑也坏得不稳定并幸性的，笨手笨脚的无赖、公共的窃贼以及完全仁慈、公正和忠诚的人。”Ruskin, Unto This Last 74 - 75 (Lloyd J. Hubenka ed. 1967)，引自 Knight，前注〔19〕，页 66。

这些断言中有许多不能成立。富有想像力（例如，在设计新的产品、生产过程以及分配方法上）、敏感（在同合伙人、雇员、顾客以及供应商打交道上）、以及在预见消费需求之变化上）以及见多识广，至少在某个狭窄的领域内都是一种商业资产。为什么一个了解情况很多、想得很多并且完全明智的人在市场经济中会因为具有这些品质而不能富有呢？也许拉斯金认为，这样一个人也许不会渴求财富，但如果是如此，那么无论经济是如何组织的，都可以推论会如此。根本不需要一个仁慈的、公正的或虔诚的人在市场经济中处于竞争的不利地位。除非是说这些品质（特别是最后一项）隐含着厌恶为市场生产。关于市场体制之道德的一个范例广泛但没有结论的辩论，请看一本论文集，*Markets and Morals* (Gerald Dworkin, Gordon Bermant & Peter G. Brown eds. 1977)。

〔45〕请看，Dworkin，前注〔14〕，页 97 - 98；Kennedy，前注〔14〕，页 1763 - 1764。

[a] 原文为病人（patient）当为专利（patent）之误植；故改正。——译者

者是因为交易费用，或者是因为冲突使用的一些问题（我有权在我自己的地产上焚烧垃圾吗、或者我的邻居有不受烟熏的权利？）。尽管，经济学进路对权利原则的承诺要比大多数功利主义者对权利原则的承诺更为坚定，或者说，在这个问题上，要比允许对再分配之关切超过对产权之关切的康德主义者的承诺更为坚定。

对于许多道德哲学的研究者来说，权利和经济学看上去是不相容的概念，但它们并非不相容。产权理论就是现代微观经济学理论
70 的一个重要分支。[46]无论是在法律还是经济学中，一种产权都是一种排除其他任何人使用某些稀缺资源的权利。[47]这样一种权利在其领地内（这是一个重要的限定，我很快就会讨论这一点）是绝对的。意思是，一个人想得到另一个人拥有产权的某种资源，他不可能通过诉诸一般福利而剥夺后者的这一权利。例如，如果 A 把自己的车停在 B 的车库内，B 寻求一个针对 A 的禁令，A 不能对法院论辩说，这个车库对于自己要比对于 B 更有价值（也许因为 A 的车要比 B 的车更昂贵）。A 也不能得到这个车库，并根据一个诉讼把剩余的市场价值退还给 B。A 必须同 B 就车库进行协商。没有所有者的同意，权利就不可能废除或转移，这一点使权利成为绝对的。

绝对权利在法律经济学理论中扮演了一个重要角色。经济学家建议在自愿交易费用很低的时候，例如在我的车库的情况下，创建这样的权利；比方说，对观念的、财产的或劳动力的权利。但是当交易费用高不可攀时，承认绝对权利就没有效率。因此，我就没有绝对的权利不让声浪进入我住宅，不让空气污染在我窗台上留下灰

[46] 请看，例如，Eric Furubotn & Svetozar Pejovich, "Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature," 10 *Journal of Economic Literature* 1137 (1972).

[47] 请看，Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral," 85 *Harvard Law Review* 1089 (1972); Posner, 前注 [13], 页 49－51。

中。这些例子与车库的例子之间的差别就在于，在后者那里，自愿交易提供了一种肯定的把资源转移作最有价值使用的方法。在前者那里，高昂的交易费用排除了用自愿交易来转移资源，而一定要找到替代的产权配置机制，例如严格责任规则、征用权或分区制。

让产权（尽管是绝对的）随交易费用而变，并臣服于和作用于财富最大化的目标，这就是赋予权利一种比许多“权利理论家”声称权利所具有的、更低的地位。尽管经济学分析的产权是绝对的，并包括了人以及非人的物品（在宽泛的限制内，我有绝对权利决定为谁工作或同谁结婚），但这些权利都不是跨越时空的，或其本身不是目的，一般说来，它们只是在那些低交易费用的场合才起作用。尽管如此，它们都是权利，是这一术语的完好意义上的权利，除非是用了某个权利的观念来排除一些权利，无论这些权利是何等绝对，都有道理把这些权利作为实现保护这些权利之外的某些目的的工具。

经济学家并不仅仅命令创建绝对的权利，之后，就不管不问应把权利授予谁了。应当明确，如果市场交易没有费用，经济学家就不会关心某种权利起初应授予谁。资源交换的过程会无须吹灰之力就把权利重新配置给任何最珍视该权利的人。但是，一旦放弃了这个不现实的零交易费用的假定，权利分派就变成有决定意义的了。如果交易费用为正（尽管推断起来还是很低，因为否则的话，创造一种绝对权利就没有效率），财富最大化原则就要求把权利初始授给那些可能是最珍视这些权利的人，以此来使交易费用最小化。[48] 为什么要让工人有权出售自己的劳动？为什么要让妇女有权决定自己的性伴侣呢？经济学上的理由就在这里。如果把这些权利都随机地分派给陌生人，工人和妇女一般（并非总是如此）都会把这些权

71

〔48〕 本书第4章将讨论对运用财富最大化标准的技术难题分析，即有可能权利初始分配会影响价格并因此使价值背离权利分配而不是权利分配的决定因素

利重新买回去；如果从一开始就把权利分派给最珍视它的使用者，那么就可以避免纠正性交易的费用。与此相类似，世界上没有什么机制来分辨初始权利，把这个权利授给事实上高度珍视该权利的某个人，并且他不大会把这个权利重新出售给“天然的”所有者手中。人力资本借用中的固有难题[49]无疑会挫败这位权利天然拥有者为了回购自己劳动或身体的权利而作出的某些努力，哪怕他是从某个其实并不真比他更珍视这个权利的人那里回购。但是，这只是要求把这种权利从一开始就授予天然拥有者的进一步的理由。

查尔斯·弗里德（Charles Fried）反对这样的观点，他认为这样
72 思考权利不妥，因为如果一个决定说这个个体要比任何其他人都更珍视自己的生命、躯体或思想，这本身就预先假定了这个个体是一个已经拥有生命、躯体和思想的实体。[50]但拥有并不是所有。尽管弗里德认为这种观点非常可笑，即一个人的牙齿也应供人们竞争，而且也真的很可笑，但还是让我们考虑一下下面的虚构情况。因为我的牙齿光泽闪耀，就像珍珠一般，因此高露洁公司就雇佣了一位摄影师成天跟着我，只要我一笑就摄下照片，然后未经我的同意，就在一幅高露洁牙膏广告上发表了其中最好的一幅。纽约上诉法院一度曾认为，在这样的案件中，某人的法定权利没有受到侵犯。[51]这个法院实际上就没有把这个明媚微笑的权利分派给其“天然的”所有者。尽管这种观点在经济学上不正确，一般也都已经被人们拒绝了，它却没有涉及任何矛盾或荒谬。

与权利的初始分配相关的、一个更深的考虑因素是垄断的无效率。这个考虑因素支持把权利分成小块分配给不同的人。这样谁想

---

[49] 我有意避开了一些可能避免的难题，例如破产法以及法律禁止自愿卖身为奴的劳役。

[50] 请看，Fried，前注[14]，页103—104。

[51] 请看，Roberson v. Rochester Folding Box Co., 171 N. Y. 538, 64 N. E. 442 (1902)；以及本书第9章。

把这些权利再拼装起来，大得足以让某人获得垄断权力，成本就会很高。这样一来，把对所有电力、铸造或餐饮工人劳动的权利都分配给一个人就没有效率，因为这样的分配会导致部分劳动力供应的垄断，并因此导致社会财富的减少。

其他因素都相同，与财富最大化目标一致的财富初始分配也许会极不平等。但认为法律经济学理论是一种假扮为某种功利主义的权利理论的人关心的并不是结果的不平等。他们声称财富或幸福最大化与权利保护不一致，然而权利理论事实上就是财富最大化原则的一个重要的必然结果。

现在，我想换个话题，讨论一下校正正义在财富最大化理论中的地位。[52]对校正正义的古典分析是亚里士多德的《尼各马可伦理学》的第5卷第4章。亚里士多德解说道，如果一个人的不正义行为伤害了另一人，哪怕是按照该卷上一章的分配正义原则（即按照各自的优点进行分配的分配正义）这位伤害者的人品比受害者更好，这个伤害也是不公的，并且这里必须有某种形式的校正。一个伤害的不公可以脱离伤害者和受害人的相对优劣来决定，这种观点以及与之紧密相关的法律争议中的分配中性的观点，看来是亚里士多德的校正正义概念的核心。但是，亚里士多德认定的具体校正模式，即由受害人对伤害者提出私人损害赔偿之诉，反映了当时雅典法律制度的私人特点；[53]按照亚里士多德的讨论，似乎他并不认为私人损害赔偿之诉是与他的概念兼容的、惟一可能的校正形式。

这种亚里士多德式的校正正义概念与财富最大化的进路是一致的，并且事实上也是这一进路所要求的。如果某个不公的行为导致了伤害，那么，要想不破坏资源使用的效率，就必须有某种形式的

73

[52] 对校正正义的一个更完全的讨论，请看我的论文，"The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law," 10 *Journal of Legal Studies* (Jan. 1981).

[53] 我在本书第8章讨论了这一体制。

校正。应当明确，这一结论要求把不公等同于无效率，而亚里士多德并没有提出这样的结论。但是，在亚里士多德那里，校正正义的概念只是一个程序性的观点，而不是一个实质性的观点。这个观点规定了，对造成伤害的不公行为一定要有校正，完全不管在这个行为之外考虑起来伤害者与受害人有什么相对优劣；但是这个观点并没有界定什么是不公。这个定义本身并不是校正正义概念的组成部分。因此，把一个不公的行为界定为减少了社会财富的行为，这样
74 的界定与校正正义概念是可以兼容的。并且一旦采取了这一步骤，就很容易显示，在审理因这种不公行为而发生的权利主张中，如果不遵守分配中性，就会减少社会财富。例如，如果收入不同的两人因伤害者的不公行为造成的同一事故中伤残了，如果以他们在某种意义上（也许是一种康德式的意义上）有权享有同等的社会物品分配为理由，给他们每个人同样的损害赔偿，这就是没有效率的。如果伤害者比这两个受害人都更富有、更善良，并以这一点为理由，给受害人赔偿少于他们失去的收入以及其他损害，同样是没有效率的；这会导致太多的事故，或是导致错误的（不是最优的）预防措施。

财富最大化不仅为一种权利和救济的理论提供了一个基础，而且为法律概念本身提供了一个基础。“法律”常常只是定义为有国家强制力支持的命令。根据这个定义，任何来自主权权力的命令都是法律。但是这种说法扭曲了这个术语的普通含义。因此，有人提出了这样的定义，如果要足以描述“法律”一词的实际用法，就一定要包含下列额外因素：（1）要算作法律，一个命令就必须能够为其所针对的人服从；（2）它还必须同等对待那些在一切与该命令相关的方面境况都相当的人；（3）它必须是公开的；（4）还必须有一个程序，按照该命令的规定确认那些为适用该命令所必需的事实真

相[54]这些因素都是法律经济学理论的组成部分。

从经济学或财富最大化的视角来看，法律的基本功能就是改变激励因素。这隐含着，法律不要求那些不可能做到的事；一个命令如果不可能完成，就不会改变人的行为。必须把不可能的命令同仅因躲避费用高于制裁费用而无法避免的法律制裁区分开来。有这样一种情况，一个人没有其他选择，只能违反合同，因为履行这一合同的费用会大大超过不履行的损害赔偿（或者甚至因为履行根本不可能），那么要这个人承担损害赔偿，就没有什么不合适。这种法律只是把不履行的风险加在没有履行合同的一方身上。刑法中有各种各样的严格责任（例如在指控重婚或法定强奸罪上，合乎情理的错误就不能作为辩解），对此的恰当批评并不是这些做法与法律的理念不一致，而是刑法施加的风险超过了具体情况的要求。

75

法律必须同等对待同等的人，这一要求不过是法律一定要有一个合理结构的另一种说法而已，因为对相同的事情处理不同是不理性的。经济学理论是一个演绎逻辑的体系：当适用正确时，它得出的结果就会相互一致。就法律具有一种经济学的默示结构而言，法律必须是理性的；它必须对相同的情况予以相同的处理。

法律是一个改变激励因素的体系，并因此，规制行为一定要公开。如果法律内容只是到事件发生后在适用法律时才为人所知，法律的存在对于受法律规制的各方行为就不可能产生影响。

最后，法律经济学理论的前提就是要有这样的机制，它能够确认正确适用某法律所必需的事实。如果法律实施不考虑这些情况是否该法律意图使用的情况，那么法律的镇慑效果就会削弱（并在这一限度内消失）。假定有一部法律，禁止价格限制，但没有采取任何努力来确认谁在限制价格，只是从一万个人当中随机挑出一个作为限制价格者给予惩罚；那么，人们就不会有回避限制价格的激励

〔54〕 请看，Rawls，前注〔28〕，页237－239，以及那里引证的参考资料。

因素。在这种情况下，限定价格者与其他人的惟一区别就是前者会获得价格限制中产生的利润；预期的责任则大家都一样。[55]

再论对功利主义的批评

对功利主义的批评，在多大程度上也适用于经济学分析呢？边界问题最不重要。动物算，但只是在动物增加财富的范围之内。什么是最优的绵羊总数，要决定这个问题，不是要想像相对于人来说绵羊的心满意足的能力，而是确定养活这些羊的边际产出和边际费用的交叉点。

76

然而，财富最大化进路的另一寓意是，谁没有足够的挣钱能力来支持哪怕是最低的像样的生活水平，他对资源配置就没有发言权，除非是他们构成了那些有财富者的效用函数的一部分。这一结论看上去也许把个体的具体能力禀赋看得太重了。如果你碰巧生来弱智，那么你的净社会产出就为负，你对生活资料就不享有权利，尽管也不值得责备你为什么养不活自己。这个结果很刺激现代人的情感，但在我看来不可避免，这也与任何主要的伦理系统不矛盾。罗尔斯以及其他人都推广这样的观点，个人的基因禀赋都是某种偶然事件，不具有道德的意义，但这与康德的个体性观点不一致，而罗尔斯的观点据说是从康德那里衍化出来的。对发明家和痴呆者各自关于如何支配有价值资源的道德权利主张，如果给予同等对待，就是没有认真对待人们之间的差别。[56] 而任何再分配政策都会损害自己的资源被再分配的人们的自主性。

至于未出生者的地位，从财富最大化的立场上看，关键的问题是你想把这个猜想市场的概念推多远。从原则上看，要计算额外人

---

〔55〕 请看，Posner，前注〔13〕，页 430－433。

〔56〕 请看前注〔28〕的正文。

口在经济上是否能自我支持，这不可能。有了额外的人口也许会减少一个非常拥挤的社会的财富，却又会增加一个居民稀少但自然资源丰富的社会的财富。我提议，在这里适于探讨的问题是这些额外人口的社会产出是否超出了他们的社会成本，而不是其他人是否会变得更为富裕。当我这样提议时，我看起来也许是在默示地化解这个边界问题，赞同把额外人口算在我们有意使之财富最大化的总人口中。但是这些表述事实上差不了多少。如同图一显示的，产出多的人贡献给社会的要多于他们从社会中索取的。[57] 因此，只要是增加的人口都是产出多的，那么现有的人口就会获益。

77

---

〔57〕 在图1中，D，对（某种）劳动力的需求，代表了工人或其他生产者可以就他们的不同数量劳动而提出的价格表。如果工人之间有竞争，他们的劳动结果就会达到q这一点，即他们劳动的边际产出恰恰等于供应价格（S），代表的是工人的时间以及其他输入（教育等等）的机会成本。因此，矩形PBqO就代表了全部劳动力的总和收入，而更大的区域ABqO代表了他们工作的全部社会产出。这个差别就是某种形式的"消费剩余"，关于这一点请看，John R. Hicks, "The Rehabilitation of Consumers' Surplus," in *Readings in Welfare Economics* 325 (Kenneth J. Arrow & Tibor Scitovsky eds. 1969); Robert D. Willig, "Consumer's Surplus without Apology," 66 American Economic Review 589 (1976).

这一示意图夸大了剩余的数量，因为其中有些也许代表了一种给供应商的回报，这些供应商提供了一些输入，直接支撑了工人的生产能力。然而，一般认为，在一个竞争性经济中，生产者不可能占有他产出的全部价值。哪怕是一个专利持有者，也只能获得他自己的发明产生出来的头17年的价值。并且，就是在这期间，他也不可能获得这一发明的全部消费剩余，除非是他可以采取完美的价格歧视，而这从来都是不可能的。

进一步的限定是，根据定义，边际生产者是不创造消费剩余的，他得到的就是他贡献的。因此，如果每个生产者都是边际的，就没有人会因从市场中撤出而减少其他人的财富。然而，并不是每个生产者都是边际生产者；我们也许可以合情合理地确信，如果亨利·福特当初决定当一位特拉普派的教士，而不是成为一位汽车制造者，美国人民就会更贫穷一些。更重要的是，即使在某个行当中，每个工人都是边际生产者，某个人撤出这个行当也不会减少消费剩余，而这个生产者群体撤出则会影响消费剩余。各个生产者对消费剩余的贡献都可以忽略不计，但是他们贡献之总和不能不计。

78

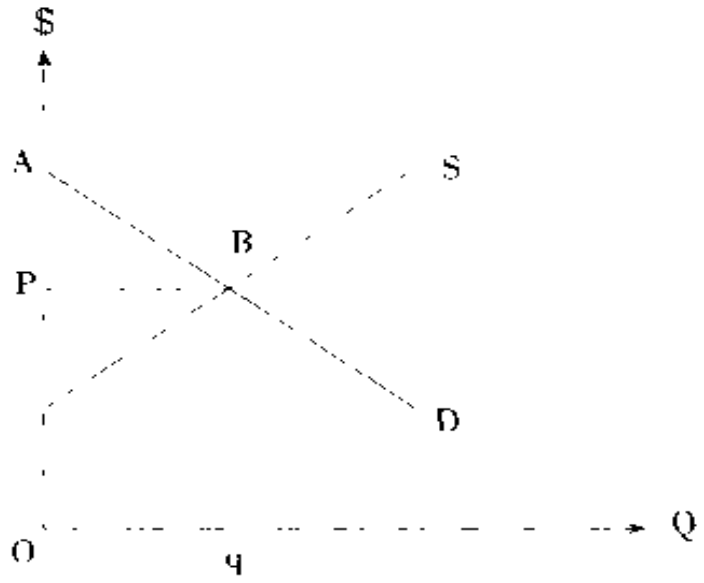


图 1，消费剩余：为其他人的生产，Q = 工人的产出；S = 供应价格；D = 劳动力需求；$PBqO$ 区域 = 劳动力的收入总量；$ABqO$ = 他们工作的全部社会产品。

至于外国人，自由迁徙加上不对移民给予公共支持，就会保证只有财富最大化的移民。一个人预见到自己的收入比维持自身的费用还低，他就不会移民了。由于（不考虑错误）他的收入要少于他的全部社会产出，同时又大于他维持生活的费用，那么，以物品和服务方式，他对其他人的贡献就会多于他从其他人那里索取的。在一个财富最大化的体制中，平均值与总值之间没有冲突。只要是移民的任何负外在性都由这些移民者完全内化的话，那么现有人口总量的平均财富就会因移民而增加。[58]

如果把适用财富最大化标准的领域限定在实在的、没有严重垄

[58] 一个国家财富最大化与世界财富最大化之间发生冲突的情况也会很罕见，因为大多数贸易限制都会伤害贸易的双方。

断或外在性问题的市场，那么死缠着功利主义的那个测度问题就好解决了。发生在这样一个市场上的任何自愿交易都一定会增加社会的财富。这一命题并不是在前面说过的意义上的帕累托原则，那是一个效用原则，这个命题从本质上看是对财富最大化原则的一个赘述。然而，自愿这个条件限制太大了，并且一旦扩大了适用财富最大化标准的领地，把猜想性市场也包括进来，就会出现如何测度财富的问题。但是，比起测度幸福来说，这个问题要小多了。例如，医生治疗了一位不省人事的病人，然后医生要求收取常规的费用，医生的这一权利就建立在一个合乎情理的假定上，即如果这个病人当时可以同医生就这一服务和价格进行协商的话，这个病人会这样做的。在不可能让市场起作用的地方，猜测人们的市场偏好同猜测什么政策会使幸福最大化相比，前者更为容易一些。

“对效用进行人际比较”很让现代经济学家厌恶，而且他们厌恶也很有道理，因为没有进行比较的测度标准。但在经济学意义上，进行价值的人际比较是可行的，尽管挺难，哪怕不是在明确的市场上进行的价值比较。至少在上面关于医生治疗不省人事的病人的例子中，就可以比较，你可以参照市场交易背景，帮助估算非自愿交易中涉及的价值。当没有这种确定价值的背景时，例如，在没有任何明确市场出现之前的人类社会阶段，我们该如何考察价值，这个问题将推迟到下一章来讨论。

工具主义的危险，在财富最大化体制中也不如在功利主义体制中那么尖锐。在财富最大化的进路中，干预经济和人生自由的惟一基础就是市场运作严重失败，乃至于本身成本就很高的公共强制可以增加社会财富。尽管经济学家在何时市场的有效运作失败了以及矫正这种失败的费用如何等问题上有分歧意见，但至少，这些还都是些经验问题，而不是价值问题。有些自由至上论者担心经济学家会利用猜想性市场标准使用中固有的测度难题，以提高效率的名义给人们施加各种义务。但是，应当重复的是，从经济学上看，只有

79

在非常特别的情况下，即市场交易费用高不可攀时，才有理由施加这些义务。埃博斯坦教授已经提出，财富最大化原则会导致强迫印度的外科医生到处上门治疗，如果他是惟一可以拯救某个个体的医生的话。[59] 我认为这不对：这并不是交易费用很高的情况。如果
80 这个个体可以满足这位外科医生的价格，这位医生就会上门为他治疗；如果不能，这位外科医生就会呆在家中不出门，不最大化社会财富。

如同这个例子所提示的，经济学进路不像功利主义对再分配那么友好。可以回想一下，许多功利主义者都把货币的边际效用递减原则以及他们的直感——人们的效用函数大致相当（或至少与财富没有正相关）结合起来，从中演绎出收入平均化的目标。但是在一个财富最大化的体制中，A 要比 B 享受特定数量货币的能力更大，这一点并不是从 B 那儿拿钱给 A 的理由。这样的转移也许会增加社会的幸福，但不会增加社会的财富。然而，任何强制转移支付都不产出，这样一个结论一定要受两方面的限制。首先，从经济学上看，某些假定会实现收入和财富更平等分布的温和努力也许是有道理的，因为这样一种分布也许会减少犯罪率，并因此降低了犯罪的成本，或者是增加了罪犯的机会成本（即他放弃的、从合法活动中获得的收入），并且（更少些可能的是）减少了犯罪的潜在收入。[60] 其次，就人们有利他主义，因此愿意将自己的部分收入转移给境况不如自己的他人而言，慈善捐赠作为公共善品的一些方面

[59] Epstein，前注〔14〕，页 199；但是请看，Landes & Posner，前注〔42〕，页 126－127.

[60] 得出这些寓意的犯罪的经济学模型是埃利希提出来的，请看，Isaac Ehrlich, "Participation in Illegitimate Activities: An Economic Analysis," in *Essays in the Economics of Crime and Punishment* 68 (Gary S. Becker & William M. Landes eds. 1974)。当然，收入分配是否有效率的犯罪控制方法，这取决于相对于其他替代性办法（例如更严厉或更确定的惩罚）的成本与收益。

（即减轻贫困也会令一个未捐赠的人受益）也许证明了，为减少贫困的公共努力是正当的，甚至这一支持再分配的理由也明显要比功利主义可能有的理由更多限制：非常利他主义的人很少，因此也就很少有人希望把自己降低到没有人比自己更贫困这样的水平上。[61]

除了这些（有限定的）支持财富公共再分配的理由之外，还批评“财富最大化原则对再分配因素无动于衷”就是一个错误；反倒 81
是这个原则自动化解了这些考虑因素。我在前面就显示了如何可能从财富最大化的目标中演绎出一个权利体系。一旦这些权利（对自己的身体、劳动等）都确立起来了，这些权利就会被出售、出租或实物交换，因此会给权利所有者带来收入。一般说来，更富有的人会是那些边际产出更高的人，无论是因为他们工作更努力，还是人更聪明，还是由于任何其他的原因。在一个目的就是要最大化社会财富的体制中，（大致）按照一个人对这一目标的贡献向他支付报酬，由此导致的财富分配并不是专断的。然而，这里的要点是，具体的财富分配仅仅是权利分配的副产品，而权利本身又是从财富最大化原则中推导出来的。没有必要假设一个公正的财富分配。

当有些人靠着继承的财富生活、对社会财富增加没有个人贡献时，也没有破坏这种奖励制度的正义。用继承的财富来消费，这代表的只是财富积累者推迟了他的部分消费，把消费推迟到了他的生命之外。应当明确，如果继承人除了花费自己继承的财产外，他还去工作，社会上的其他人就会变得更富裕。我们讨厌那些成天游手好闲的继承人，就像我们讨厌懒汉一样，那不是因为他是寄生虫，其实他不是，而是因为他没有产出某些剩余产品供我们其他人来享用。

这一点提出了财富最大化的再分配的一个重要方面。因为人们

---

[61] 请看，Arnold Harberger，“Basic Needs Versus Distributional Weights in Social Cost Benefit Analysis”（unpublished paper，University of Chicago，Department of Economics）。

并没有收回他们的全部社会产出。实际上他们产出的某些财富被消费者“征税征走了”。一般说来，一个人产出的财富越多，他纳的“税”就越多（从绝对量上看，而不是相对的）。

82

现在让我们考虑一下，这种经济学进路与功利主义进路是否一样得出了与我们的道德直觉非常不一致的最后结果（假定财富平等不属于这种直觉）。在基于财富最大化的伦理体系中，“效用恶魔”是没有位置的。我也许会对刑讯津津有味，在幸福与痛苦的计算中，我从中得到的快乐也许超过了受刑讯者的痛苦，但这并不会使我成为一个好人，或使我有刑讯他人的权利。我将不得不购买我的受害者的同意，这些购买很快就会耗尽一切人的财富，只剩下最富有的施虐者。批评市场体制的人都倾向于思考由财富创造出来的机会，而不思考一个市场体制对实现个人欲望所施加的约束。在一个彻底的功利主义体制中，对这种效用恶魔就没有预算约束的束缚。但是在一个财富最大化的体制中，他的活动就会受其财富边界的限制，并且他的受害者也会受到权利制度的保护，这个权利制度会迫使这个恶魔向受害者支付他们要求的任何补偿。

妒忌的问题更进一步例证了功利主义与财富最大化之间的道德差别。在一个妒忌广泛存在并且很强烈的社会中，实现最大幸福也许要求政府采取激烈的收入平等政策，哪怕是这些政策减少了社会的总财富。但是在一个致力于财富最大化的社会中，妒忌不能为公共干预提供任何基础。没有任何理由论辩说，把财富从被妒忌者向妒忌者作再分配是为了校正市场失败所必需的。

功利主义的道德与经济学的道德之间的差别以及我认为功利主义之“可怕”的来源在于，尽管功利主义者承认关心社会福利，但他一定在逻辑上把价值都归因于各种非社会的（asocial）特征，例如妒忌和残忍，因为这些非社会特征也是常见的个人满足的来源，并因此也是效用的来源。相比之下，合法获得的财富是通过为他人做事即向他们提供有利的交易创造出来的。这个个体也许完全是自

私的，但是在一个规制良好的市场经济中，他不可能只是促进自我的利益，而对他人和自己都不利。这也许是为什么我们社会都讨厌懒惰的原因。懒人用闲暇替代工作，闲暇不会产出任何任何消费剩余供社会其他人享用，而工作会产出。[62]

也许不可能让康德派人士信服，追求财富永远不可能导致恶魔。他也许想修改一些前面讨论过的斯玛特的绵羊的例子，修改成下面这样。假定有10亿只绵羊的总和价值高于任何可以合乎情理地归结于某个儿童的货币价值；因此，当一位驾车者决定牺牲这个儿童时，他是否一个好人呢？经济学的回答是肯定的，并且这也是我们（以及其他每一个）社会一直给的答案。一般都允许危险活动，但基础是这样一个判断，即避免这一危险的成本超出了受害者的成本。因此当天平的另一端只有财产价值时，很难给生命标定价值是在权衡中看重生命的一个完全合法的理由，但只有生活在梦中的人才会拒绝生命与财产的交换。 83

进一步的证据是，一个基于经济学原则的道德体系与我们的日常道德直觉是相吻合的，并且可以为我们的日常道德直觉提供一个结构，例子就是考虑一下（1）一般人的鲁莽概念，（2）侵权法上的过失定义，以及（3）约翰·布朗（John Brown）以及其他人阐明的经济学上的过失定义。[63]鲁莽指的是造成了成本不合算的（non－cost－justified）即浪费的或减少了财富的风险。普通人、适用过失规则的法官以及说明这一规则的经济学家，都区分鲁莽造成的事

〔62〕19世纪英国人的思想（当时他们的主导哲学思想是功利主义）在文学方面是赞美无所事事，挣脱"贸易"，进入乡间绅士的那种悠闲的从容，因此不完全是偶然这些看起来相反的倾向其实是统一的，统一于关注追求幸福，在追求幸福中不必有生产活动。一个过着静心养性的、撤回乡间生活的人也许比实业巨头更为幸福，但是他还是会产出很少一点消费剩余，供社会上的其他人享用。

〔63〕请看，John Prather Brown，"Towards an Economic Theory of Liability，" 2 *Journal of Legal Studies* 323（1973）.

故和“无法避免的”事故，后者是无法以低于预期事故成本的费用予以避免的事故

另一种道德恶魔是为了总体利益而牺牲个人，这个问题在经济学进路中要比在功利主义进路中要小。应当明确，一个人可以想像对某砖厂厂主成功提出一个侵扰之诉，理由是砖厂建立之后隔壁邻居的性质发生了一些未预见的变化，使砖厂不是最优土地用途了。这看起来像是为了群体的福利而牺牲个人的情况，但该砖厂厂主有可能因这种诉讼的风险而得到赔偿。[64] 在一个财富最大化的体制中，德沃金所谓的“外在偏好”[65]（某个群体的厌恶，但这种厌恶没有以有过错的侵入——噪音、污染或其他什么——作为基础）很难为公共干预提供什么基础。如果纳粹德国想要消灭德国的犹太人，在一个财富最大化的体制中，纳粹德国就不得不把犹太人都买断。比起通常的（也就是，低交易费用的）征用权语境，这里不会有更多的经济根据来支持这种强制。[66]

84

但人们一定不要忽略这样的可能性，即可能把某些侵扰案的逻辑延伸到犹太人、黑人以及其他种族的、宗教的和族裔的少数群体。如果一所殡仪馆可能降低土地价值，因为生活在附近的人们会很不快活，因为老是想到死亡，并可以以此作为侵扰的理由谴责殡仪馆，那么与之相类似，隔壁住着犹太人或黑人，也许会让邻居们很丧气，由此带来的土地价值贬损的数量会大于这些少数群体成员为留在此地而愿意作出的支付。在这种情况下，某种形式的隔离就会是财富最大化的。然而，这个例子看起来相当牵强。因为一个生产群体摘自我孤立、排外或隔离不大可能会实际增加社会的财富。

〔64〕 请看第4章讨论的事先的赔偿

〔65〕 Dworkin，前注〔14〕，页232－238，275－277，以及本书第13章的讨论

〔66〕 请看，Posner，前注〔13〕，页40－44，提出的一个经济学论点，即大多数使用征用权的情况都是没有足够道理的（unjustifiable），并因此应当限定在主要用于通行权征用上，但不论在什么情况下，都必须有赔偿

我们在上一章就看到，边沁曾认为，因为乞丐的出现和纠缠会造成反效用，因此奴役乞丐就是正当的。对乞讨的经济学分析与对殡仪馆的分析是类似的。要迫使殡仪馆迁移，就会给殡仪馆的客户增加费用，但会给第三方——也就是那些讨厌与殡仪馆为邻的人带来收益。禁止乞讨会给乞丐增加费用，会给那些从施舍乞丐中获得效用的人增加费用，而会给那些讨厌乞丐出现的人带来收益。但这种收益不大可能超过这种费用。尽管搬迁殡仪馆的费用（仅仅是从居住区搬迁到非居住区）有可能很低，但不可能把乞丐“搬迁”到不会让路人反感的地方，因为乞讨的成功与否恰恰取决于他们呆在路人很多的地方。乞讨只可能通过完全禁止而被“区划开来”（zoned），而这会像是禁止做广告——禁止的理由是有些人虽然阅读文字广告或看电视广告，但他们并不是潜在的顾客，并且他们讨厌这些广告。禁止做广告的费用肯定会超过其收益，禁止乞讨很可能也是这种情况。

另一个棘手的问题是人口的负外在性。在一个人口资源比很高的社会中，因人口增加的社会费用会超出其社会产出，可以以此为理由来支持强制性限制生育率。当然了，这还得取决于因政府手段必定不完美而带来的实施这一政策的成本。尽管经济学家更情愿基于一些严格的经济学理由用生育征税的方法，而不是禁止超出家庭固定配额以外的人口出生，但你可以想像这样一些情况，即对于许多人来说，最优税收是高不可攀的。如果最优人口总量要少于现有人口，尤其可能出现这种情况，在最优人口总量少于现有人口总量的情况下，仅仅把出生率限制在替代水平上也不足以最大化该社会的财富。

还有一个领域，财富最大化导致的结果也许会与普通人的道德直觉有冲突，这就是在没有欺诈、外在性、无行为能力、垄断或其他形式的市场失败的语境中，经济学家还是顽固坚持契约自由。假定有 A 也许是为了给自己的家庭提供钱（但是，什么理由并不重

要），向 B 卖身为奴；或者是 C 向 D 借钱，附带了一个惩罚条款，即如果 C 到时候不还，D 可以打断 C 的膝盖。从财富最大化的立场来看，拒绝强制实施这两个合同是没有经济学根据的，除非是其中有某些欺诈或胁迫的因素。而且，经济学家也不会认为这两个合同非常的不理性，因此构成了一个无可辩驳的假定，说这两个合同是欺诈或胁迫的产物，或者是因为精神不正常或是有其他类型的无行为能力而合同无效。[67]或者说，如果某个白人断然拒绝同黑人交往，因为他以前同黑人交往的经验使他对黑人有一种普遍不好的印象，并且对他来说，要一个个地考察黑人，费用也会超出预期收益，那么从经济学理论上看，就没有根据批评他的行为；如同我们将在本书第 12 章中看到的，这个行为是财富最大化的。

概括说来，我试图提出一个基于财富最大化、有别于边沁意义
87 上的效用最大化的正义概念。然而，本章只是初步介绍了一个复杂的题目。我一直都更关心阐明财富最大化的概念，并把它同功利主义进行对比，而不关心如何系统地证明其合理。到目前为止，我的论证还主要建立在某种比较狭窄的并且是否定性的理由之上，即财富最大化避免了效用最大化提出的一些伦理难题。如果有人认为财富最大化就是有限制的功利主义（这种限制就是，社会寻求最大化的仅仅是满足那些有支付意愿支撑的偏好），那么他就可以用任何可用来为功利主义辩解的论点来为之辩解；但是，他还可以做的更好一些，就像下一章将显示的那样。

---

〔67〕 请看，"Note on Paternalism," in *The Economics of Contract Law* 253 (Anthony T Kronman & Richard A. Posner eds. 1979).

▼
▼
▼

第四章

财富最大化的伦理和政治基础

效率的共识基础

术语的澄清

帕累托最优是这样一个原则，在某种资源的配置下而不是在另一种状况下，如果至少有一人的状况改善了，且没有他人变得更糟，那么前一种资源配置就要优于后一种。[1] 人们以及帕累托本人都认为，这一原则可以解决传统的实践功利主义的问题，即如何测度不同人之间的幸福以便决定一项政策对全部效用的影响。[2] 众 88

〔1〕 一位哲学家新近对帕累托伦理学的明晰讨论，请看，Jules L. Coleman, "Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law," 68 *California Law Review* 221 (1980). 当然经济学家对帕累托标准的讨论数量非常多。近来一部很好的教科书讨论，请看，Catherince M. Price, *Welfare Economics in Theory and Practice* (1977). 又请看，后注〔12〕中的参引文献。

〔2〕 请看，Vincent J. *Tarascio, Pareto's Methodological Approach to Economics* 79 – 82 (1968).

所周知，帕累托解决方案是表面的，而不是真实的。[3]因为效用不可能直接测度，因此，通常证明一种资源配置改变是帕累托最优的惟一方法就是显示，受这一交易影响的每个人都同意这一交易。如果A以2美元的价格向B出售一个西红柿，并且没有其他人受这一交易的影响，我们就可以肯定，对于A来说2美元的效用要大于这个西红柿对于他的效用，而对于B来说，情况则相反，哪怕是我们并不知道这一交易究竟给A和B增加了多少效用。但由于这个例子里的粗糙假定，即不存在对第三方的影响，不能在各类型交易中都满足，因此这个帕累托最优的标准就不可能在大多数政策问题上适用。例如，西红柿的自由市场是否帕累托意义上优于一个有最高限价的市场？取消这样一个最高限会导致更高的市场价格，产
89 出的数量会更大，专门用于培育西红柿的土地的所有者会面临更高的土地租金，会减少替代商品的产出，此外还有其他许多影响。要想辨认受这一取消价格限制进入西红柿自由市场的每个人，是不可能的，暂且还不说同他们协商并取得他们同意了。[4]

我把这个帕累托最优概念描述为一种试图解决功利主义的效用人际比较问题的努力。但是也可以把帕累托伦理放到康德哲学传统中来。同意，这个伦理标准与康德派强调把人当作目的而不是手

---

〔3〕一个新近的陈述，请看，Guido Calabresi & Philip Bobbitt, Tragic Choices 83 – 85 (1978).

〔4〕这种显露出来的偏好之进路（请看，例如，Paul Anthony Samuelson, *Foundations of Economic Analysis* 146 – 156 [147]）提供了一种确定某种变化是否帕累托最优而不要求同意的方法，但很不幸，这种进路还是不很实用。想像一下，C是受A与B之间的交易影响的第三方。交易之前，C的收入是X，C用来购买商品a…n。这一交易也许会影响C的收入以及a…n的价格。然而，如果交易后C的收入——如今为Y——足够大，足以使他自己以当下的价格购买a…n，那么我们也许会说（不必同C商议），A与B的交易并没有使他的状况变糟。但是要适用这一进路所必需的信息很少能获得，部分因为C购买的某些商品（爱情、尊重等）也许不会在任何市场定价，并且他获得这些商品的能力也许会受A与B之间交易的反向影响

段，换言之，与强调自主性是一致的。[5] 这也是帕累托最优的操作基础。只要把帕累托最优当作功利主义伦理的一个工具，它就不是帕累托最优的理论基础。如果功利主义者可以设计一个可行的效用计量，他就可以用这种同意和交易的方法来决定某种资源配置是否是帕累托最优，事实上，他甚至可以处理帕累托最优本身。

如果你认为"同意"是一个很有伦理吸引力的根据，它支持允许改变资源配置但改变的理由与"同意的交易至少可能增加直接当事人之幸福"这一事实无关，那么你就会导向，如同诺日克和埃博斯坦那样，[6]为市场交易的伦理辩护，并且与市场促进了无论是帕累托意义上的还是财富最大化意义上的效率无关。应当明确，在一个对第三方没有影响的市场上，禁止交易会减少社会财富，并同时会减少自由或自主；因此财富最大化的目标与保护自主性的目标刚好是一致的。但是，要对第三方没有影响，这个假定太苛刻了，当放弃这一假定时，同意与财富最大化之间就出现了分歧。假定一个公司决定关闭A城的一座工厂，并在B城开设一座新工厂，并且在无论哪个地方都没有严重污染、交通堵塞或其他因这个工厂带来的技术外在性，这一举动也许还是会降低A城的财产价值，并增加B城的财产价值，使A城地主的状况恶化、使B城地主的状况改善。因此，这一搬迁还不是帕累托最优。[7] 在这个例子中，第三方影响还仅仅是"金钱的"外在性，指的是这种外在性只来自对某些稀缺资源（例如在有污染情况下的清洁空气，污染是一种技术

90

〔5〕 然而，同意和自主，两个概念并不完全相同。例如，你也许会认为，奴隶的地位与作为自主的人是不一致的，哪怕是这一地位当初是自愿接受的，是为了增加自己孩子的福利。

〔6〕 请看，Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (1974); Richard A. Epstein, "Causation and Corrective Justice: A Reply to Two Critics," 8 *Journal of Legal Studies* 477, 488 (1979).

〔7〕 我在此暂时忽略事先对受到影响的地主予以赔偿的可能性。

外在性）的需求改变，而不是来自这些资源的消费；或者换一种说法，指的是对社会财富没有净影响。但是，从帕累托最优的立场来看，这一事实是无关的。有关的只是这一工厂搬迁会使某些人状况变坏——A城的地主，此外无疑还有其他人，例如那些对这个被关闭的工厂来说具有专有技术的、并且搬迁到B城会有正费用的工人们。[8]

然而这一搬迁一定增加了社会的财富，因为这个工厂所有者的
91 状况改善了，并且这种金钱的外在性相互抵消了。因此，上一章提出的财富最大化标准就会允许这一搬迁。此外，如同居勒斯·科勒曼已经指出的，[9] 卡尔多/希克斯（Kaldo – Hicks）标准（有时也被称为“潜在帕累托最优”）也会允许这一搬迁，因为这一标准要求的并不是无人因资源配置之改变而变糟，而只要求增加的价值足够大，因此变糟者可以得到完全的补偿。[10]由于A城土地价值减少与B城土地价值增加相称，从原则上看（这也就是，忽略交易费用）A城的地主可以得到补偿，并因此无人变糟了。但是在没有补偿的情况下，不仅完全同意工厂搬迁不会出现，而且总效用也许比搬迁前还要低，因为没有办法了解（因不必支付补偿）赢家的效用是否超过了（因没有得到补偿）输家的反效用。[11]

---

〔8〕 通过城市向工厂主提供纳税优惠，外在性就可以内在化；但这并不是答案，这不会使该厂搬迁（或不搬迁）成为帕累托最优，因为那些因为财政支持这一优惠而缴纳更多税的人会比此前更糟了。

〔9〕 请看，Coleman，前注〔1〕，页239－242

〔10〕 请看，Nicholas Kaldor，"Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility，" 49 Economic Journal 549（1939）；J. R. Hicks，"The Foundations of Welfare Economics，" 49 *Economic Journal* 696（1939）；T. de Scitovsky，"A Note on Welfare Propositions in Economics，" 9 *Review of Economic Studies* 77（1941）.

〔11〕 假定A城地主的损失为100功（对效用的一种专断地测度），因为A的搬迁造成了100万美元的财产价值下降，而B城地主只从他们的财产价值增加100万美元获得了80功。那么，这个卡尔多－希克斯标准会得到满足，但是总效用减少了

卡尔多/希克斯标准受到了很多批评，甚至包括经济学家的批评，都因为它没有保证效用会最大化。[12] 尽管如此，说帕累托标准是惟一"常规职业意义上的"有效率，这是不对的。[13] 例如，当经济学家说垄断没有效率时，他们指的就是卡尔多/希克斯和财富最大化意义上的没有效率，而不是帕累托意义上的。图 2 勾画了对垄断之福利后果的标准经济学分析。通过减少产出和提高价格，垄断者把图中用 B 表示的部分消费者剩余[14] 转移给了自己。A 部分还是留给消费者了。消费者失去了用 C 表示的那部分，但这位垄 92
断者也没有得到 C 部分。C 部分是垄断的传统福利损失。[15] 这一损失从财富最大化的立场上看是很清楚的：垄断条件下消费者和生产者的剩余总和要小于竞争条件下的剩余总和（A + B 同 A + B + C 相比）。因此，从垄断向竞争的改变会满足卡尔多/希克斯或财富最大化标准，因为这是有效率的收益。但是，这不能满足帕累托最优的标准，因为垄断者会变糟了。并且，如果 B + C 对于消费者的效用不超过了 B 对垄断者的效用，那也不会是效用最大化的。然而，如果垄断具有在图 2 中勾画的效果，就宣称垄断没有效率，大多数经济学家也都会表示迟疑。事实上，大多数经济学家在作福利判断时，说的是帕累托最优，而用的都是卡尔多/希克斯最优。

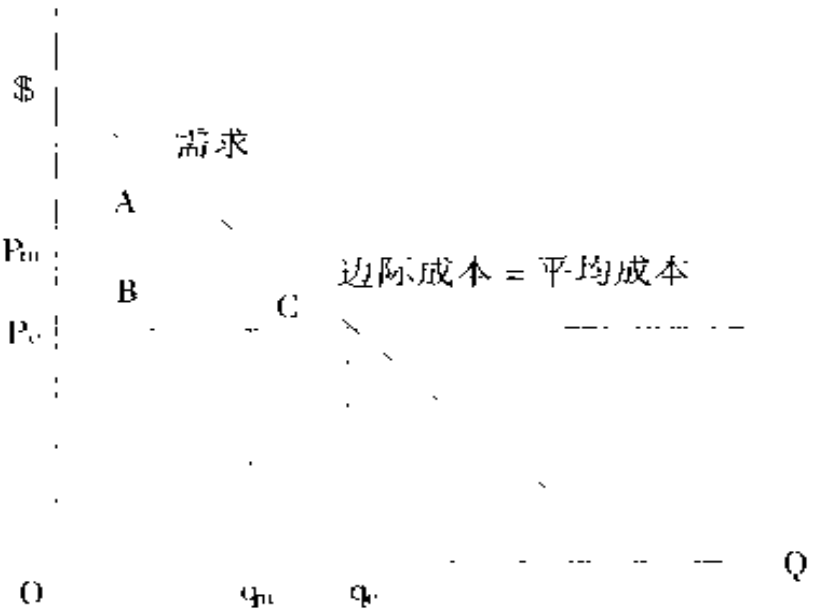
---

[12] 请看，例如，William J. Baumol, *Economic Theory and Operations Analysis* 378 – 380 (2d ed. 1965); Amartya Sen, "The Welfare Basis of Real Income Comparisons: A Survey," 17 *Journal of Economic Literature* 1, 24 – 25 (1979)。关于经济效率的其他标准，一个很好的新近讨论，请看，Jack Hirshleifer, "Evolutionary Models in Economics and Law: Cooperation versus Conflict Strategies" 7 – 13 (U. C. L. A., Department of Economics, Working Paper no. 170, March 1980).

[13] Ronald M. Dworkin, "Is Wealth a Value?" 9 *Journal of Legal Studies* 191, 194 (1980).

[14] 请看前面第 3 章中的注 [57]

[15] 请看，例如，F. M. Scherer, *Industrial Market Structure and Economic Performance* 17 – 18 (2d ed. 1980).



93

图 2、垄断的福利效果。Q = 产出；qm = 垄断产出；qc = 竞争性产出；Pm = 垄断价格；Pc = 竞争性价格；A = 消费者获取得部分消费者剩余；B = 垄断者占有的部分消费者剩余；C = 垄断的福利损失。

财富最大化和同意原则

在卡尔多/希克斯意义上使用“效率”这个词可以辩解说仅仅是一种分析上的便利，它使资源配置的争议同分配的争议可以分开讨论。卡尔多自己就是这样自我辩解的，并且他还提出了一个伦理的论点，如今回头看起来很天真的论点。他论辩说，政府总是可以把一种财富增加转换为一种帕累托改善，手段是拿出赢家的部分收益来赔偿输家。政府是否会这样做是“一个政治问题，对这个问题，经济学家、准经济学家都很难说出一个意见”。[16] 卡尔多似乎

[16] Kaldor，前注 [10]，页 550

是在建议，如果因某种政策而成为输家的人应得到赔偿，政府就会给他们这份补偿，并因此财富的增加就会转化为某种帕累托最优，除非是有某些独立的且强有力的伦理理由不遵循这个帕累托原则。但这只有假定政府是根据伦理理由决策时才是一个令人满意的进路。如果情况不是这样，相反把政府看作是一块场地，利益群体在这里争夺利益，完全不考虑伦理因素，[17] 那么就不能认为，没有补偿因某个有效率（在卡尔多/希克斯意义上）政策而受损的人是基于伦理的考虑。

然而，还有另一种方式来协调卡尔多/希克斯或财富最大化进路与（至少在某些境况中）帕累托进路，这就是参考同意的观念。 94
同意，如同我说过的，是帕累托标准的操作技术。这里使用的这种同意就是预先补偿。[18] 我的说法是，只要没有欺诈或胁迫，那么一个购买了彩票然后输掉了的人就是已经“同意”了这一输；至少是，他已经放弃了对结果的任何反对，只要是在彩票上没有欺诈就行，许多非强制的并且看来没有得到补偿的输，在市场经历的以及为市场不可能有效运作时而替代市场的制度容忍的输，事先都得到完全的补偿，并因此获得了上述意义上的同意。假定一位企业家由于对手开发了某种高级产品而亏了钱。由于这位企业家的预期回报中就包括了一种保险，保的是因竞争失败的风险，因此他预先就因这一输得到了补偿。在我上面的例子中，A 城的地主在购买这一十

[17] 请看本章后面“对于法律的实证经济学分析的寓意”一节。

[18] 下面勾勒的论证，见于 Richard A. Posner, “Epstein's Tort Theory: A Critique,” 8 *Journal of Legal Studies* 457, 460, 464 (1979)。米歇尔曼独立提出了类似的论证，Frank I. Michelman, “Constitutions, Statutes, and the Theory of Efficient Adjudication,” 9 *Journal of Legal Studies* 431, 438–440 (1980)。这两个论证都很像许多福利经济学家坚持的立场：假如这里有足够的概率，从长期看来，某个个体会从某些公共项目中获益，尽管他也许会在某个具体项目中受损，那么用卡尔多–希克斯标准来决定是否采纳某个公共项目，是满足帕累托最优原则的。请看，A. Mitchell Polinsky, “Probabilistic Compensation Criteria,” 86 *Quarterly Journal of Economics* 407 (1972)，以及那里引用的文献。

地时就属于这种情况：工厂有可能搬迁，这个概率在他们支付的购买价中已经打了折。[19]

有人论辩认为，如果坚定地把财富最大化标准用于，比方说，我的工厂搬迁这样的市场境况中，就会违反同意的原则；对此论点，预先补偿的概念提供了一个回答。有人试图把非市场的但可以说是财富最大化的制度，诸如汽车事故的过失责任体制，也同样建立在这一原则上。这就提出了一个更棘手的问题。在一场事故中，一位驾车人伤害了另一位驾车人，但双方都无过错，依据过失责任体制，结果是不给受伤人赔偿，那么在什么意义上说这位受伤的驾车人已经同意这一结果，或不反对这一结果？

95 要回答这个问题，我们必须考虑坚持事后赔偿（如同严格责任体制下要求的那样）对驾车费用的影响。猜想起来，这个费用会更高。否则的话，过失责任体制就不是财富最大化的，并且通过参考同意原则来证明财富最大化的问题也就不会出现。驾车人愿意为保留事后赔偿原则而承担更高成本吗？可以推定不会。任何驾车人，如果他希望发生事故时肯定地得到赔偿，不论伤害者是否有过错，那么他只需要（猜想起来，以低于在严格责任体制下他可能获得的事后赔偿的成本）购买第一方保险或事故保险就行了。

最容易理解这一点的办法是想像一下，卷入交通事故的每个人都年龄相同，开车的里程以及其他也都一样。在这种情况下，每个人支付的责任保险和事故保险的费率都一样。因此，过失责任与严格责任之间的差别就是，根据过失责任，责任保险费率会较低，而事故保险费率会较高，因为导致责任的事故会较少，而根据严格责任，情况则会相反。如果，如同我假定的，过失责任是更有效率的

[19] 因为可能的信息费用。一个类似的但更为困难的情况是，由于开发了某种更好的替代产品，对某个工人之服务的需求消失了，这位工人失去了工作（并带来了正的搬迁费用）。

体制，那么在过失责任体制下，责任保险费与事故保险费的总和会更低一些。[20] 并且每个人都会更情愿要这种体制。

我用的例子是把过失责任同严格责任对比，因为人们用这个例子论辩说，财富最大化进路与基于个人自由概念的进路不一致。[21] 如果认为必须具备的、我使用的那种意义上的同意是对自主利益的足够保护，那么上面这个论点就一定不能成立，除非是能够显示严格责任体制要比过失责任体制更为便宜。 96

可能有人会基于下面的理由来质疑我的分析，即我打算——至少在原则上——用来为诸如过失责任体制正当化的那个同意是虚构的，因为并没有明确的同意。[22] 但这个反驳不能成立，原因就在于不可能有某种可行的方法来获得明确的同意，至少对诸如过失责任体制或事实上市场本身这样的制度就不能像对个体市场交易（即使在这里，如同我已经提到的，也还常常不可能很容易地获得受交易影响的第三方的同意）那样获得明确的同意。如果没有可靠的机制来获得明确的同意，不能自然得出我们就一定要放弃同意的原则，而是我们应当满足于存在的隐含（或者更准确地说，也许是，猜测的）同意。隐含同意是否存在是可以确定的，你可以问一问这样一个虚构的问题，即如果交易费用为零、受影响的各方是否会同意这一制度。这种程序与法官就一个没有对意外事件作出明确规定

---

[20] 这假定所有的事故成本在保险率中都得到了反映——事实上，有些事故预防费用（例如，更慢驾车所失去的时间的价值）并没有得到反映。可以推定，这些费用在严格责任体制下会更高，如果严格责任体制是不那么有效率的责任规则的话。

[21] 请看，Richard A. Epstein, "A Theory of Strict Liability," 2 *Journal of Legal Studies* 151 (1973).

[22] 我并不把汽车事故的过失责任体制在政治上的存活下来了当作证明这种同意的证据。

的合同而归结（impute）给合同双方一个意图的做法很相似。[23]尽管这种归结意图的工作在合同案件中比较容易，但这个案件还是有助于显示非明示同意可能是很有意义的。不存在一个基本合同，这会影响人们推断未明言同意的信心，但不能说这种推论不妥当。

应当明确，"一个建议并不简单地因为立法机关的所有成员都赞同就成了立法"[24]但这是因为，在这里有一个机制，立法者可以表明其实际同意。有时，这个机制不工作。例如对先前某部立法的范围或含义提出的疑问，就允许法院推断立法意图。这个例子说明的就是未明言的或猜测性的但仍然是很有意义的同意。

反对用同意为财富最大化制度正当化的另一个意见是，世界上
97 很少有一致同意。与我前面的假定相反，人们预先并不完全相同。在严格责任体制下的驾车费用要比在过失责任制度下的驾车费用更高（我为了辩论这样假定），为什么这一点就应当说服那些不驾车的人接受过失责任呢？在可以实际辨识这些人的程度内，如果你更强调自主的价值，[25]并且如果你在冲突的案件中可以解决谁的自主更重要——我在下面会讨论这个问题——这样一个入门的问题，你也许会给他们一种严格责任体制的保护。但是大多数不驾车的人也不是成天都待在家中。他们会使用其他交通方式、出租车、公交车或地铁（或者他们的配偶开车带他们），而根据假定，在严格责任体制下，这些交通方式的费用也会更高；并且这些费用，或至少是其中很大一部分费用，都会由这些交通方式的使用者承担。因此，哪怕是非驾车者，他们也会同意：如果过失责任体制要比严格责任

---

〔23〕许多经济学家都用这一程序作出了帕累托效率的判断。一个新近的例子，请看，Steven Shavell, "Accident Liability, and Insurance" 5–7 (Harv. Inst. Econ. Res., Disc. Paper no. 685, June 1979; forthcoming in *American Economic Review*).

〔24〕Epstein，前注〔6〕，页496

〔25〕提出这一进路的，请看，George P. Fletcher, "Fairness and Utility in Tort Theory," 85 *Harvard Law Review* 537 (1972).

体制更便宜，那么对交通事故就采用过失责任体制。[26] 当然，不会有哪个制度会获得每个人的哪怕是未明言的或猜测性的同意。但只有一个狂热者才会坚持，像过失责任体制这样的社会制度要获得合法性，就一定要有一致的同意。

科勒曼教授论辩说，在语言学上，我对"同意"这个词的用法很怪。[27] 一个人也许会同意这样一个制度，即按照这个制度，在发生某种具体类型的伤害时，他无权获得赔偿，但如果这一伤害发生，他也不"同意"这一伤害。但是，让我们回答我在开始这一讨 98
论用的彩票的例子。如果我自由参加了一个公平的抽彩并输了，当我输时说"不公平"就没有人会听。与此类似，如果我同意根据一个固定价格盖一座住宅，并承担了合同期间我的劳动力和建筑材料的费用会上涨的风险，那么，如果这些费用确实上涨了，我就不能抱怨说，要我信守这个合同"太不公正"。在这两种情况下，我都曾自由地同意了带一定风险的行动进程，这个风险得到了补偿，因此当这些风险变为现实，也都属于这一合约的范围。我已经放弃了对结果的任何反对意见。这种同意的观点在我看来足够宽泛，可以包括弃权的概念。但没有关系：只要是理解了我对"同意"的用法，哪怕是不很正统，也不会造成混乱。

也许有人认为我的进路提出了下面这样一个问题，即为什么社会治理规则不应当是保护和强化个人自主（这是支撑同意原则的价值），而应当是财富最大化呢？答案是，正像死扣字眼地坚持帕累托最优标准就什么事也干不成一样，如果在解释和适用个人自主伦理时完全不管人类的福利后果，那么就会像上一章提到的并为当代

---

〔26〕这留下了一个开放的问题，即为了责任的目的进一步划分交通产业以及对公交车、轿车等采取不同规则的可能性。

〔27〕请看，Jules L. Coleman，"Efficiency，Utility and Wealth Maximization，" 8 *Hofstra Law Review* 509，531－540（1980）。

康德派法律思想家承认的那样，[28]导致大量的苦难。财富最大化作为一种伦理规范同时看重效用和同意，尽管它不像功利主义那么看重效用，也许也不像康德本人可能的那样那么看重同意。

反对直接用自主作为伦理规范还有另一个意见（这种反对意见的很好例证就是选择严格责任还是选择过失责任的问题），这就是，那要求一种专断的权利初始分配。我假定，哪怕是伤害者没有过错，事故受伤人也还是有某种要求赔偿的道德权利（无论事先还是事后），但是你也可以同样很好地假定，人们有活动不受阻碍的权利，有对不能以合乎情理的费用予以防止的事故不承担责任的权利。没有哪种责任否认了受伤者的自主；严格责任也没有否认伤害者的自主。当任何一方都无过错时，要区分受伤者和伤害者可不是一件简单的工作。[29]

与罗尔斯之进路的比较

99 我上面的讨论假定的是人们在事故之前就选择了过失责任制或严格责任制，这是一种不确定条件下的选择，由此推断出对某种社会制度的同意；这种讨论也许看上去像是从罗尔斯之正义分析中推论出来的。[30]事实上，无论是罗尔斯的还是我的分析，根子都是共同的。"初始位置"进路首先是由经济学家开拓的，目的是要以一

---

〔28〕 请看，Charles Fried, *Right and Wrong* 10 (1978); Richard A. Epstein, "Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints," 8 *Journal of Legal Studies* 49, 75, 79 (1979).

〔29〕 关于康德派法律哲学家在这个问题上的分歧，请看本书第3章注〔22〕并且。参看，Jules L. Coleman, "The Morality of Strict Tort Liability," 18 *William & Mary Law Review* 259, 284 – 285 (1976).

〔30〕 请看，John Rawls, *A Theory of Justice* (1971)

种与我在此的进路比较类似的方式来建立效用最大化的共识基础。[31]这就如同肯尼斯·阿罗解说的那样，他们

> 从这样一个立场开始……可以把在风险条件下的选择描述为预期效用的最大化。在这个初始位置上，每个个体也许有同样概率成为该社会的任何其他成员。如果社会中有 n 个成员，并且第 i 个成员会有效用 ui，那么，在某些给定的配置决定条件下，这一配置对于任何个体的价值就是 $\Sigma ui\,(1/n)$，因为 $1/n$ 是成为个体 i 的概率。因此，在选择不同的物品配置时，位于初始位置的每个个体都希望得到这种预期的最大化，或——对这一给定人口来说是一回事的东西——效用总和的最大化。[32]

罗尔斯带给"初始位置上的选择"的花样就是论辩说，人们会选择分配结果最糟时的效用最大化而不是预期效用的最大化。同样，阿罗也说过这一点：

100

> 然而，长期以来人们就注意到，这个追求最小值之最大化（maximin）的理论有某些看起来无法接受的离意。它隐含着，状况变糟的社会成员的任何收益，无论有多么小，都会超过某个状况得到改善的成员的任何损失，只要不把后者降低到前者水平以下就会是这种情况。因此，这里可以很容易存在这样的医疗程序，用它来让人们还能活着但没有什么满足，并且它还会很昂贵，因此使社会的其他人都降至贫困。一个最小值之最

---

[31] 请看，Kenneth J. Arrow, "Some Ordinalist – Utilitarian Notes on Rawls's Theory of Justice," 70 *Journal of Philosophy* 245, 250 (1973).

[32] 同上。

大化原则会明显暗示应采用这样的程序。[133]

接受阿罗的观点，如果你认为预期效用最大化比最小值之最大化原则更能成立，你就会得出这样一个让人吃惊的结论：功利主义要比罗尔斯的“作为公正的正义”在同意原则中有更为坚实的基础！但是任何基于初始位置上的选择理论都不令人满意，不仅因为有一些众所周知的难题，即如何描述那个位置上的人们的效用函数的难题，而且因为这种初始位置的进路为那些不产出者的主张敞开了大门。在初始位置上，没有人知道自己是否具有产出能力，因此他们在这一位置上作出的选择会反映某种概率，即作这种选择的个体变成社会中不产出之成员（或许是诺日克的“效用恶魔”之一）的概率。因此，这种初始位置的进路模糊了享受能力与为他人产出之能力两者之间的那条重要道德界限。我因此更情愿想像实际的人，运用他们实际具有的技巧、能力和性格，在不确定条件下作出的选择——这是一种在大然的无知条件下而不是在初始位置的人为无知条件下作出的选择。

财富最大化作为一种基于同意的伦理规范的局限

101 同意可以为财富最大化的社会制度提供一个伦理的正当化，这个论点必须在两方面作出限定。

首先，当一项财富最大化政策的分配效果很重大且不是随机的时候，不予实际赔偿就想获得或认定有广泛的同意，这很难。在讨论究竟是挑选过失责任还是挑选严格责任来治理交通事故的问题时，我就曾提到过这种可能性，但在那里看起来并不重要。然而，假定现在的争议是是否用比例所得税替换累进所得税。如果因此高

[133] 同上，页 251。

等级纳税者（他们的边际税率会降低）增加的产出（把工作和休闲都当作产出计算在内）超过了因提高了低等级纳税者的边际税率而降低的产出，这个替换就会增加社会的财富。但是，如果净增加的产出不足够大，不足以增加其全是那些将缴纳更高税额（让我们假定没有增加）的纳税者的税后收入，那么就很难假定低等级纳税者会同意这种税收改变，尽管这种改变会使财富最大化。

第一次激励我想调查财富最大化之伦理基础的是这样一个建议，这个建议说财富最大化这个价值太没有号召力了，因此不能说普通法法官接受了这一价值。[34]然而，又恰恰是在普通法审判的语境中，与我的纳税例子例证的再分配性质的制定法领域形成了反差，财富最大化以同意为基础最高之成理。统管产权获得和转移的规则、制定和执行合同的规则以及有关事故责任和有关普通法上规定为犯罪的赤裸裸侵犯他人的规则得到了广泛的共识支持，并广泛分配了这些规则的收益。例如，认为拒绝强制执行穷人同略微富裕的房主签订的租赁合同会改善穷人的状况，这就很天真。房主会由此要更高的租金，因为受损的风险更大了，或者会把自己的房产转作他用，结果是穷人可以得到的住房供应更少了，而房价也会更 102
高。[35]如果从这个例子我们概括说，普通法规则的选择通常不会带来系统的分配后果，那么就可以合乎情理地假定人们会普遍同意（或者说，如果支付人们让他们知道在这些问题上的情况，他们会普遍同意）那些将带来财富最大化的普通法规则。如果情况真是这样，接受财富最大化标准指导的普通法法官同时也就在推动个人自主。

---

[34] 对这一观点的一个新近的陈述，请看，Frank I. Michelman, "A Comment on 'Some Uses and Abuses of Economics in Law,'" 46 *University of Chicago Law Review* 307 (1979).

[35] 请看，Neil K. Komesar, "Return to Slumville: A Critique of the Ackerman Analysis of Housing Code Enforcement and the Poor," 82 *Yale Law Journal* 1175 (1973).

第二，在产权初始分配这个领域中，财富最大化与同意之间也许很容易发生冲突。如果A的劳动对于B要比对于A更有价值，怎么办？让A给B当奴隶会更有效率，但这个结果很难符合同意的原则。我在上一章就提出，这种情况很罕见，但我也不敢说就没有。你可以想像这样的情境，身体强制的费用要比管理雇工或其他合同的费用更低；在这些情况下，奴隶制也许就是财富最大化的，但可以推定这不会获得奴隶的同意。[36] 现代就有一些这样的例子，例如父母亲（以及公共政权）对孩子以及征兵拥有的权威。我们不用奴隶制这样的字眼来描述这些例子，在这些例子中，可以论辩说，允许财富最大化意义上的效率胜过了自主的概念。我们把奴隶制的字眼留给那些有罪过的、剥削形式的非自愿奴役，这种奴役很难用效率理由予以正当化。这些区别表明，我界定的那种效率还保留了相当程度的道德力量，即使当它同自主和同意的概念发生冲突时，也仍然如此。

对于法律的实证经济学分析的寓意

普通法为什么是有效率的

一些学者，包括我自己，都论辩说，最好是把普通法解说为一种推动效率的努力，无论它有没有系统的阐述；但这种论辩没有提出一个好的理由，为什么普通法应当如此。我们也许看起来都很天

103

(36) 关于初民社会中通过合同组织经济活动的费用，请看本书第6章。

真地坚持着过时的、有关国家的"公共利益"理论。[37]这种理论认为国家运作，尽管不完美，就是要促进一些人们广泛分享的社会目标，其中之一就是我界定的效率（至于重要性多大则不必多管）。国家通过提供或安排提供"公共物品"来促进效率，这些公共物品所提供的收益不限于为此付费的人们，并因此出私人市场产出这些物品数量不是最优的。这些公共物品之一就是法律体系，它校正了诸如外在性这样的市场失败。

国家的公共利益理论受到了治理过程的"利益群体"理论或（更狭窄一点）"产出者保护"理论倡导者的猛烈攻击。[38]后者首先把再分配当作公共政策的目标，继而再分配源于把政府行动视为一种按供求力量配置的商品。有人已经研究了某个产业或群体的一些特点，这些特点使它们能够克服搭便车问题，因此能够战胜要求政府保护和慷慨赠与的对手；并已经得出结论，在争取政府的优待上，团结紧密的群体一般都战胜了那些分散的群体。

这种利益群体理论是一种经济学理论，因为它把政府行动同那些寻求这种行动的人们的效用最大化联系起来了。公共利益理论更多是一种描述，而不是一种理论，因为它没有展示个人的效用最大化如何导致了推进诸如"公众"、消费者、纳税人或其他范畴宽泛的分散群体之利益的政府行动，这种利益群体理论的寓意，即分散群体与紧密群体在为获得政府保护的竞争中可能输掉，大大削弱了公共利益理论即使是作为描述的合理性（plausibility）。

然而，哪怕是在一个专注于再分配活动的政治体系中，以"同

104

[37] 对本章这一部分讨论的不同的政府理论有一个概览，请看，Richard A. Posner, "Theories of Economic Regulation," 5 *Bell Journal of Economics & Management Sciences* 335 (1974).

[38] 在利益群体经济学理论（不同于早期的政治科学理论）中的开创性论文，请看，George J. Stigler, "The Theory of Economic Regulation," 2 *Bell Journal Economics & Management Sciences* 3 (1971).

意原则”的形式满足了帕累托最优标准的普通法教义（因为没有任何普通法原则能满足对帕累托标准的字面解释）也有可能存活下来。一个规则或制度，如果满足了同意原则，就不大可能很容易通过把以财富再分配给某些在政治上有效的利益群体的方式来改变，至少不可能用普通法法官可能得到的工具（损害赔偿、禁令）来改变。在前面讨论的房主与房客这样的案件中，这一点就特别明显，在这种案件中，诉讼各方早就有了一种自愿的关系。因此，各个法院所作的一切也就是改变合同的某个条款，并且当事人可以在其他条款上进行一些相互抵消的变动。[39]即使纠纷不是来自合同，各方当事人也许还是相互依赖的，在很大程度上抵消了任何因责任规则改变而对财富的影响。例如，在19世纪，农民是铁路的主要消费者，因此试图扩大或缩小铁路对路旁农作物的损害赔偿责任，从而把财富从铁路转移到农民手中或反之，就不很有道理。

105 即使在再分配各方之间先前没有交易的情况下，用普通法来对财富进行系统再分配的潜力也不很大。例如，人们很难理解汽车事故责任从过失责任体制转向严格责任体制如何会增加社会中某个团结紧密的、随时可以辨认的并很容易组织起来的群体的财富。因为没有人能预先知道自己是否会因事故受伤，这一转移的主要后果就仅仅是把大多数人的财富都减少了一点（这里的假定总是——严格责任确实不如同样境遇中的过失责任有效率）。

这一分析并不否认利益群体在影响公共政策上的重要性。这里的要点在于，利益群体在那些以普通法手段规制的领域内支持效率规范，有可能促进他们自己的利益。他们这样做增加了社会的财

（39）值得注意的是阿克曼（Ackerman）教授，倡导用侵权法来强迫房主完善住宅质量的领军人物，还提出用公共津贴来防止侵权责任会导致为穷人提供的住宅减少。请看，Bruce Ackerman, “Regulating Slum Housing Markets on behalf of the Poor: Of Housing Codes, Housing Subsidies and Income Redistribution Policy,” 80 *Yale Law Journal* 1093 (1971).

富，从中他们也会分得一杯羹；没有其他替代规范会给他们带来更大杯的羹。应当明确，他们当中谁都没有投入巨大资源来推进普通法的效率，因为各个群体得到的收益都会很小，并且因为每个群体都有意搭乘其他群体之努力的便车。但是要让效率规范存活下来，就必须投入少量资源来推动这一规范；这一规范的分配中性起到的作用就是减少了潜在的反对，同时也减少了潜在的支持。

这一分析隐含地把法官只当作国家的代理人，因此无法直面司法独立于政治控制这一点对任何司法行为自我利益理论提出的难题。这是代理经济学中的一个问题。这里的分析要点在于把普通法的效率理论同国家的再分配理论或利益群体理论联系起来了，尽管这之间的某些链接很含混。此外，这一理论还隐含着，当立法机关在普通法规制的领域中立法时，也就是就侵权、合同、财产以及相关领域的权利和救济问题立法时，他们同样会努力促进效率。并不是规制机构的性质，而是规制的对象和方法，决定了政府是促进效率还是再分配财富。[40]

应当明确这一分析与我前面伦理分析的关系。我从帕累托最优标准中抽取出来的同意原则就是不存在系统分配效果的另一种说法而已。在讨论同汽车事故的过失责任体系时——并讨论的概率性赔偿允许我在评估这一体系时忽略事后的再分配效果。同样的道理，没有哪个群体可以希望事先就从改变这一责任体系中获益（假定这一体系是可能有的、最有效率的体系），并且，那些事后输了的人们，由于人数很少并且很分散，就不是一个有效的利益群体。 106

---

〔40〕 在这一分析中，我在其他地方（例如，Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* 404–405 [2d ed. 1977]）曾论辩过的司法过程特征都趋向于压制分配性考虑因素，这些特征因此被视为司法强调效率的结果，而不是原因。

普通法是有效率的或是功利主义的?

是否可以在经验上区分普通法的效率理论与普通法在鼎盛时期法官接受的占支配地位的意识形态——功利主义?在上一章,我显示了在那一时期的法律文献中,一些有影响的人物都把普通法描述为功利主义的。他们不大可能是指与经济学形成反差的功利主义。我没有看到任何背离了经济学教训的功利主义者和遵循了功利主义进路的普通法。例如,收入平等、动物保护以及禁止乞讨都是边沁这位最彻底的功利主义者倡导的,但在普通法中,这些政策没有留下任何痕迹。边沁还认为要设立法定义务,要求人们成为"善良的撒马逊人",但是普通法,或许是基于经济学的理由,拒绝了这样一种义务。[41]在普通法中也没有任何对窃贼、强奸者或任何其他罪犯(他以自己从犯罪中获得的快乐要多于受害者遭受的痛苦为理由为自己的行为辩解)表示同情的痕迹。功利主义是一种足够灵活的哲学,它可以容纳这样一些论点,即允许这种辩解从长期来看不会真正促使幸福最大化;然而这恰恰是说,开明的功利主义收编了各种限制,从而使财富最大化成了一个有吸引力的伦理原则。

德沃金对财富最大化的批评

107

我对财富最大化的观点受到一些哲学家和有哲学头脑的法律人

---

〔41〕 请比较,Jeremy Bentham, *Theory of Legislation* 189 – 190 (R. Hildreth ed. 1894)和 William M. Landes & Richard A. Posner, "Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism," 7 *Journal of Legal Studies* 83, 119 – 127 (1978).

的批评。[42] 批评者之一，罗纳德·德沃金，在我看来就很有代表性，在此，我将讨论他的一些最重要的批评。

首先，德沃金论辩说，财富并不是“社会价值的一个组件”——不仅不足组件，甚至不是“诸多社会价值组件之一”。[43] 这看上去也许是对常规智慧的一个大胆挑战，因为常规智慧都认为财富是一个价值，如果不是惟一的和最重要的价值的话。但是他的论证实际上是一种语词游戏，因为德沃金对社会价值的组件做了界定，是“其本身就值得追求的什么东西”。[44] 并且，没有谁因为财富本身而珍视财富。由于财富本身不是目的，所以财富不是一种社会价值。然而要这样论辩就要采纳一种很奇怪的“社会价值”定义。如果我说，“忠诚是一种社会价值，因为它便利了组织生产活动”，我并没有因为把“社会价值”这个术语加在某个中介上，没有加在某个最终目标上，因此就误用了这个英文语词。 108

〔42〕 请看，例如，Jules Coleman，前注〔27〕；Ronald M. Dworkin，“Is Wealth a Value?” 9 *Journal of Legal Studies* 191 (1980)；Anthony T. Kronman，“Wealth Maximization as a Normative Principle，” 9 *Journal of Legal Studies* 227 (1980)；Ernest J. Weinrib，“Utilitarianism，Economics，and Legal Theory，” 30 *University of Toronto Law Journal* 307 (1980)；Joseph M. Steiner，“Economics，Morality，and the Law of Torts，” 26 *University Toronto Law Journal* 227，235－239 (1976)。

我想就我认为是对温利伯（Weinrib）教授以及斯坦纳（Steiner）教授最核心的、或至少时最强有力的批评作一个简单评论。温利伯论辩说，在财富最大化理论中扮演了非常重要角色的猜想性市场的概念与实际市场的概念有关键的不同：不同在于，在实际市场中，交易各方因交易而改善了状况，而在一个猜想性市场交易中则不存在赔偿的因素（例如，A 轧了 B 并伤害了 B，而 A 没有责任，因为对于 A 来说预防的费用超过了其行为的预期事故费用）。如果接受了我的预先赔偿的论证，就排除了温利伯的反驳。更重要的是，温利伯没有注意到，即使是实际市场交易也常常有非赔偿的因素，表现为，这些交易对于非当事人的反向影响就没有得到补偿。斯坦纳教授反对对效用进行人际比较，但是这一点我在上一章就回答了，在那里，我曾指出，财富的人际比较并没有提出尖锐的、令经济学家放弃效用人际比较的测度问题。

〔43〕 Dworkin，前注〔42〕，页 195

〔44〕 *Id.* 上。

德沃金把自己的论辩建立在一个隐藏了财富最大化的工具特点的例子上。这个例子如下：德雷克有一本书，愿意以2美元出售，埃马蒂亚愿意付3美元得到这本书。一个无所不知的暴君绕过了市场体系，把这本书给了埃马蒂亚，没有给德雷克补偿。就像德沃金论辩的，很难看出社会状况如何会因此改善了。但是假定我们把这些数字都改一下，让这本书对埃马蒂亚来说值3000美元，对德雷克值2美元。那么这一转移就可能会增加社会中幸福的数量，哪怕是德雷克没有得到补偿。如果当德雷克有时也收到这些横财之一时，就特别可能是这种情况。当然，沿着这样的路线论辩时，我就是把财富最大化套上了效用最大化，但我还是愿意做这一点，因为，就像上一章强调的，幸福是财富最大化有利于产出的终极物品之一。财富与效用之间的关系，由于德沃金在他的例子中使用的具体数字，变的模糊不清了。

对埃马蒂亚/德雷克例子的另一个特点也需要做点评论：这里没有言之成理的理由，为什么要把这个交易从市场中取走，放到一位"暴君"手中。假定我们把这个例子作如下改动：德雷克有一所住宅，埃马蒂亚有一家航空公司。德雷克住宅附近正在修建一座机场，埃马蒂亚的航空公司造成了噪音，这所住宅减少了2 000美元的价值。德雷克起诉这家航空公司，声称有侵扰。审判时提出的证据显示，要消除这些噪音、把德雷克的住宅恢复到以前的价值，航空公司要花费3 000美元；基于这些事实，法院认定这里没有侵扰。从分析上看，这个例子与德沃金的例子是一样的，但要比德沃金的例子更真实地例证了在普通法环境中一个财富最大化的体系会如何运作，并且使德沃金关于财富不是"社会价值组件之一"的论点在这一表述的合乎情理的意义上更不大成立。

我试图从财富最大化的目标中得出一个权利体系，德沃金从中发现了一个循环论证的问题。这是人们熟悉的"财富效应"的问题，我在上一章曾简单提及。在断言某些物品的价格上升会导致对

109

该物品需求数量下降时，经济学家通常忽视价格改变对收入的影响，哪怕是这种收入影响也许会反馈到价格中去。价格的上升会减少消费者的收入，并且消费者的需求也会随着其收入改变而改变。由于对某些物品的需求也许会随着价格下降而实际上升（爱尔兰土豆就是常规的例子），一种物品的价格上升可能因为上面提到的反馈效果而导致对该物品需求的增加，而不是，像通常人们假定的那样，导致需求的减少。经验研究还没有发现有哪种物品表现出这种情况，但在理论上可能有这样的物品。同样，即使交易费用为零，某个物品的初始分配也许会决定其最终分配。这种情况也有理论的可能性，特别是当这种物品是某人财富的非常大的部分时，例如沙漠中的一杯水。[45] 长期以来人们就知道这一点，但还是没有人拿出一个现实的例子来。

德沃金提出了一个例子。[46] 假定埃格塔有撰写出色侦探小说的才能，但她喜欢某些收入不那么高的活动（称其为园艺）。如果出版家乔治爵士拥有了埃格塔的劳动，乔治就会强迫她撰写侦探小说，并且她只有许诺继续撰写侦探小说才可能买回自己的自由，因为这是她可以希望挣得足够多的钱、诱使乔治爵士释放她的惟一活动。如果乔治爵士起初分配到了对埃格塔劳动的权利，因此，埃格塔就会一直是奴隶——或者是乔治的奴隶，或者是借钱给埃格塔买回自由的人的奴隶。然而，如果埃格塔起初分配到了对自己劳动的权利，她就不会撰写侦探小说了，或不会撰写那么多，而且乔治爵士就不能购买对她劳动的权利。因此，看起来，经济学分析没有得 110

[45] 在通常描述的沙漠境遇中，这杯水是惟一有价值的东西；没有这水的人就什么财富也没有，并因此人们不可能从有水的人那里买到水。这是一个极端的关于财富分配如何可能影响资源使用的例子，但是这个例子类似影响资源使用的提价，路径是提价会影响收入并进而影响消费需求。

[46] 德沃金说，这个例子是为另一个目的提出的；请看，Dworkin，前注〔42〕，页224，但是请看同上，页208－209。

出一个确定的权利初始分配。

但是德沃金忽视了这样一个事实，即如果埃格塔是自由的，那么她几乎肯定可以——而不是将会——撰写比如果她是奴隶会撰写的、更多的侦探小说。当人们为自己工作时要比为他人工作时都更有努力工作的激励。作为一位奴隶，埃格塔没有努力工作的激励，因为她的劳动成果都归乔治爵士而不是归她自己。乔治爵士会努力防止埃格塔偷懒，但这很难；对撰写小说这样一种非常规的活动来说，要建立产出规范并予以强制执行，特别得难。假定埃格塔的产出对于乔治爵士来说价值100万美元，但如果她是自由的，她可以在同样时间内产出价值120万美元的侦探故事。那么，可以推定，她本来可以在更少的时间内产出价值100万美元的侦探小说，并用剩下的时间搞点园艺。如果如此，她就可能并且也会买回自己的自由。如果她做到了这一点，她的状况就要比如果她一开始就自由的状况要糟（她欠下了100万美元，加上利息，不论是谁给了她钱买回了她的自由），但要点不在此。要点在于一旦假定埃格塔自由时要比当奴隶时的产出更多，那么在埃格塔/乔治爵士的案子中财富就导致了一个确定的解决办法。由于如果从一开始给她自由，她就会保持自己的自由，以及如果她一开始是乔治爵士的奴隶，她也会买回自由，因此初始分配不会决定最后的权利分配。因此，一开始就给她自由会使交易费用最小化。[47]

然而，如果权利分配是在社会首次出现时进行的，也许会发生不确定性问题。在埃格塔/乔治爵士的例子中，获得确定的权利分配很容易，因为社会中只有一种物品没有人拥有——埃格塔的劳动。由于其他每种物品都已经有了市场价格或影子价格。因此，至少原则上你可以计算把埃格塔的劳动分配给她自己或分配给乔治爵

111

[47] 德沃金说"一种关于奴隶制的道德价值取决于交易费用的理论是很奇怪的"。同上，页211。他没有展开论述。

上的总和财富效应。但是，假定所有的财富都无人拥有：土地、劳动、性伙伴——所有的东西都有待竞争。那么，当没有价值——没有市场价格或影子价格——存在时，又怎么可能把每种物品都分配作最有价值的物品使用呢？这是一个很严重的财富效应问题。所有的权利都有待分配；如此大规模的权利分配一定会影响价格的；并且这些价格会转而影响这些权利应分配给谁的问题。

这个问题在两个方面被夸大了。首先，当我们关注的具体政策问题对于整个社会来说属于边缘问题时，我们在任何情况下都无须担心。即使是汽车事故从过失责任制转向了严格责任制，也不会对价格产生非常巨大的、乃至无法比较变化前后社会财富总和的影响。其次，社会发展之初的权利分配不大可能决定多代人之后的资源配置。假定开始时是一个人拥有社会的全部财富。但要利用这些财富，他就不得不同其他人分享，他就不得不支付他们，让他们为自己工作。当他离世时，他其余的财富也会在他的孩子或其他继承人之间分割。因此，经过一段时间，社会中产出和消费的物品和服务就不会为他的偏好所决定，而是为他的雇员和继承人的偏好所决定。有可能，几代人之后，该社会的大多数价格，无论是市场价格还是影子价格，都会同初始分配更为平等的社会中的大多数价格相类似。如果情况是这样，这就意味着财富的初始分配对社会的总体财富最终会不再具有重大影响。在这种情况下，我们可以追问这样一个问题：何种权利的初始分配会促使该社会最迅速地向社会的最终财富程度转移？上一章提出的答案是把劳动权分配给劳动的“天然”所有者，并把土地分割成的可利用、可获得规模经济的最小地块，这会使交易费用最小化，并因此会促使社会更迅速地向其最终将会达到的程度移动，哪怕是把最初的所有权利都分配给了某一个

人。[48]

德沃金提出这样一个分离的论点，即财富最大化不大可能“比其他的、更多妥协的经济和政治结构产出更多的总体为他人谋福利的活动”。[49] 就算情况是如此，即如果社会目标就是要最大化地从产出较多的人手中向产出较少的人手中转移财富，确定财富最大化作为一个最接近目标也许是一种错误的进路（尽管转移的财富数量一般说来与一个社会的财富数量正相关）。但我并没有论辩说财富最大化会最大化财富转移（或权利保护，或幸福）。我论辩的只是财富最大化会把其中的某些东西给予我们。德沃金认为，我们只要直接对准各个目标，这三样东西我们就都可以得到。但是，由于没有比较幸福、分享和权利保护的共同尺度，因此，就不清楚在设计一个社会体系时如何在这些东西之间作出必要的交换。财富最大化使这些交换自动完成了。如果还有更好的进路，那这一进路也不明显，并且德沃金也没有描述出来。

德沃金说，为他人生产“就不具有内在的道德价值，假如[生产者]这样活动时只有让自己受益的意图。”[50] 他是作为一个定义问题得出这一结论的，即道德价值的构成完全“在于行动者的意志或意图。”[51] 这个定义太狭窄了。如果鼓励财富最大化的后果就是限制自私欲望（在大多数人那里，这都是他们最强烈的欲望），为他人服务，并且不带强制，那么财富最大化的这些特点就值得向利他主义的社会体系设计者推荐。

德沃金论辩说，法官可以直接对准效用最大化，而不是努力追求财富最大化作为效用最大化的代表，这样可以更有效推进效用。

113

〔48〕 这一分析的一个寓意是，在前现代、前货币的社会中，也可能谈论有效率的权利分配。本书第6章会进一步考虑这个问题

〔49〕 Dworkin，前注〔42〕，页211

〔50〕 同上，页211－212

〔51〕 同上，页211

因此，德沃金邀请（功利主义的）法官考察一下，比方说，尽管“社区为糖果所作的支付要多于为制糖机噪音造成的医疗保健损失所作的支付，……但糖果会对社区健康有害，并因此对社区的长期效用有害。”[52] 他认为，当面临的决定是“保护一个处境困难并可能没有竞争力之产业的工人，还是改变权利结构，使之有利于发展新兴产业来加快他们的失业时”，一位效用最大化的法官也许会选择前者。[53] 从逻辑上看，德沃金的功利主义法官在决定一个刑事案件时，还应当考虑罪犯从犯罪中获得的快乐是否大于受害人忍受的痛苦。但是，哪怕是一位极端功利主义者也会很犹豫，是否应当让法官从可确定之事实的羁绊中解脱出来，让他们以德沃金建议的方式考虑一下幸福。应当明确，财富最大化与效用最大化的关联关系并不完美，但是用效用作为法律标准的费用会支持用财富作为效用的一个近似代表。当我们把上一章讨论的反对功利主义的意见（除了难以测度外）都带进来考虑时，赞同在普通法审判中采取财富最大化的理由甚至更为强有力。一个规则功利主义者也许会用财富最大化作为他的规则；许多经济学家就是这么做的。

当转向实证分析时，德沃金认为要拒绝这样的发现，即对普通法规则的最好解说似乎是法官在追求财富的最大化；不论这种解说与事实多么相符，他认为，只要没有出现或还没有出现一个普遍接受的、关于为什么应当如此的理论时，就应当拒绝这样的解说。可以把他举的例证简化如下：设想，在伊斯诺斯州最高法院决定的最 114
晚近的 10 个案件中，确认和驳回的序列（确认 = 1，而驳回 = 0）是 1101100111。我们是否会说：这一序列解说了确认和驳回的态势？没有，它只是描述了这一态势。现在，让一群人确定他们自己的序列——0011001100，0001110101，等等。假定其中有某个序列

〔52〕 同上，页 218。

〔53〕 同上。

精确描述了伊利诺斯州最高法院的下 10 个决定，我们是否会说：提出这一序列的人成功解说了这些决定的态势？回答同样还是没有。然而，如果有人说这一序列未能解说这一态势的理由是，这一序列与法官的动机和生物性没有联系，就会让人感到很奇怪。这一序列之所以未能解说这一态势是因为，这个序列没有告诉我们关于这个世界的任何东西。假定，我们反倒发现，在过去 100 年间，美国所有上诉法院的确认和驳回态势完全符合公式 $Rt = \sqrt{At-1}$；也就是说，任何时期（t）的驳回数（R）都是前一时期确认数（A）的平方根。如果在对不同系统数据的重复测定中，都发现这一"规律（law）"非常重要，我们就会感到，我们已经作出了一个令人兴奋不已的、尽管会令人奇怪的发现。我们会说：我们已经"解说了"——在这一术语的很有意味的意义上——上诉法院确认和驳回案件的态势；尽管，如果我们提不出为什么这个态势会有这种形式的理由，我们就会有麻烦。

如果最好可以把普通法解释为法官努力最大化社会的财富，这同我假想的关于案件确认和驳回的"规律"相比，会更少一点神秘。普通法是在 19 世纪获得其现代形式的，在那一时期，经济价值是当时流行意识形态的一个重要组成部分。还有，如同本章前面提到的，普通法趋向于规制那些很难实现再分配的领域以及由此在某群体增加自己财富的惟一途径就是支持那些会导致社会整体（这个群体会参与分享）财富增加之政策的领域的行为。此外，这里还有德沃金提到的普通法的演化模型。[54]无疑，对于普通法的经济学理论支持者来说，在普通法为什么有效率问题上，有关的解说如此之多，这很令人羞愧。但经济学理论家发现的这种经验恒常性并不很专断，也并非不可能，因此我们不用等到有了一个普遍接受的理

〔54〕 请看，同上，页 220；对这些理论的讨论，请看，William Landes & Richard A. Posner, "Adjudication as a Private Good." 8 *Journal of Legal Studies* 235, 259 – 284 (1979)

论，直到把这种恒常性同法官、诉讼人或立法者的动机或生物性联系起来后，才搭理它。

让我简单总结一下这一编：我努力提出一种超越古典功利主义的道德理论，并认为判断行为和制度是否公正或良好的标准就是这些行为和制度是否最大化了社会的财富。这一进路可以调和效用、自由甚至平等这些竞争的伦理原则。在普通法的成长中，这一进路看来扮演了一个重要角色，而考虑到普通法作为一种财富再分配（而不是创造财富）的手段很有局限，因此，它扮演的这个角色也就不奇怪了。然而，就像我在本书第四编所展示的，财富最大化并不是对会影响法律的善或公正的惟一理解。

第二编

正义/司法的起源

▼
▼
▼

第五章

荷马版的最低限国家

下面四章考察的一般问题是，经济理论是否以及在多大程度上可以解说初民社会的法律制度以及其他社会制度。[1] 在本章，我 119
追问的是，初民制度如何维系了最起码的秩序，这也就重新提到了本书第2章触及的社会秩序问题。通过考察荷马史诗中刻画的社会，[2] 我想挑战自霍布斯以来基本上无人质疑的一个假定，即为了维系社会的对内和对外安全，必须要有一个国家（哪怕只是一个最起码的“守夜人”国家）。我并不倡导无政府主义。我的论点是，在荷马史诗中刻画的那种情况下，国家并不是社会秩序的前提，甚至在荷马那里，国家完全不是。但在我们今天的情况下，没有国家却不成。

本章是一个个案研究。本章讨论的一些问题（礼赠、荣耀、习惯以及其他），本书第6和第7章中还会作更广泛的讨论，在那两

---

〔1〕由于我在下一章会讨论的一些原因，我把初民社会界定为没有文字的社会，因此在我的分析中包括了演化出现代西方文化的那些基本上没有文字的早期社会，例如荷马史诗和北欧传说中刻画的那些社会。

〔2〕本章后面“荷马的个体主义”一节中提出了一些证据，表明荷马史诗中刻画的社会是现实的（并因此是很适合科学研究的数据来源），尽管其中有许多细节都是虚构的。我假定读者至少了解《伊利亚特》和《奥德赛》的故事梗概；要理解我的论点并不需要更多的细节。

章里，我还会转向古希腊，讨论公元前 5 世纪和 4 世纪雅典法律的一些问题。

有限政府分类学

我将首先勾勒一个有限政府（即这样一个政府，它认为治理的
120 职能是建立一个最低的公共秩序框架，在这个框架内，私人能量可以获得最大可能的活动范围）的模型；然后，我会把这个模型同荷马史诗描述的（或隐含的）政府进行比较。尽管许多古代社会都有相当官僚化的并干预很深的政府，而不是有限政府（一个很贴切的例子就是线形文字 B 版上显示出来的迈锡尼王宫国［palace state］）。[3] 此外，尽管荷马史诗成型于迈锡尼时期，但在荷马那里，你看不到任何线形文字 B 版上显现出来的那种官僚化的、中央集权的、规制型国家的痕迹。[4] 荷马史诗中刻画的一些“政府”

---

1. 原文如此，但显然这里应当为“公元前”。——译者

[3] 请看，T. B. L. Webstern, "Polity and Society: Historical Commentary," in 1 *Companion to Homer* 52 (Alan J. B. Wace & Frank H. Stubbings eds., 1962); John Chadwick, *The Mycenaean World* 69–83 (1976).

[4] 唯一有点可疑的例外是阿伽门农的最高统帅地位；请看后面的注［12］。事实上，尽管 demo 的意思大致是“地区”、*gaia* 大致等于“国度”（land），并且 patris gaia 大致相当于“祖国”，但是在荷马时代的希腊没有特别指（民族）国家的词。在荷马那里，Polis 的主要含义只是“设防的城池”（请看，John L. Myres, *The Political Ideas of the Greeks* 69–70 [1927]）。但是 polis 也可以包括城市统治者统治的那些乡间。一个国家也许有不止一个 polis（阿伽门农的领地就显然包括了好些城市，因为他曾提出赠送七个城市给阿喀琉斯），但是当时对这样的一个国家没有特别的词，尽管在《伊利亚特》第二编中，也许是在这种意义上使用 *demos* 的。

都完无例外地是非常有限的政府[5]

职　能

真正的有限政府只有一个职能，无论对内还是对外，都保证身体安全。对内的一方面是要保证个体的人身和财产不受谋杀或偷盗这样的强迫性入侵。如果没有某些最基本的对内公共秩序，社区福利就会衰落。但这并不是说，没有国家，人们就都成了杀人狂，就会相互贼杀和偷窃。人们还是会采取措施保护自己不受强制，无论是随身携带武器，保持一种报复的能力，还是生活在扩大的家庭群体中，或掩藏他们的财物，或转向从事一些其投资不太容易被他人占有的活动（例如，同农业相比，狩猎）。但是，采取这些措施的 121
费用都会很高，并且一般都认为（总体说来是对的，但在荷马似的社会条件下，也许不对）由公共而不是由私人来提供这种基本保护，可能更有效率。

从原则上看，对外安全（保护来自社区外部的掠夺）也可以留给私人领域，但一般都认为由国家提供更为有效。这种国家职能的逻辑延伸就是掠夺其他社区。

结　构

哪怕是上面勾勒的治理目标非常有限，看起来却也要假定有一个相当复杂的治理结构。除了要有一个执行权威——可以推定这将

---

[5] 如果你不是把"政府"等同于"治理"，并因此不是把荷马时期的家庭，即 *oikos*，当作一个国家（我就不这样做），那么情况就是如此。尽管荷马时期的 *oikos* 要比现代家庭更扩展（*oikos* 也许包括了不仅一个人的直接家庭，而且包括了他的成年的已婚孩子，其他非亲非故的成年仆人，例如伯瑞斯家中的普特洛克勒斯［Patroclus］以及大量的奴隶），如果国家包括了家族（*oikos*），那么国家这个概念就会太无关紧要了。

由一位首席执行官（国王、总统）来构成，辅助他的则有一些下属官员和公务人员（士兵、警察、税吏）——来保证对内对外安全外，还一定要有某些机构，由它们来决定被指控违反了反强制规则的人是否有罪。当然，也还必须有某种形式的咨询机构，但不必是一个立法机关。这个咨询机构可以是非正式的，没有多少权力，在有限的个案中（斯大林的政治局?），还可能纯粹是摆设，或发育不全。但是，一个人非常强大，无须其他人的辅助（不仅仅是跟班），他自己就可以治理社会，这种例子非常罕见。就算把权力问题放在一边，政府首脑也还是会希望听取国内杰出人才的建议：哪些问题重要，哪些问题不重要。

问　题

一个有限政府要想有效运作，它一定要克服两个问题，这两个
122 问题在荷马式社会中还特别的重要。其一是控制，政府要实现自己的诸多（很稳定的）目标，它一定要有足够的好的管理；另一个问题就是政府更替，即当首席执行官长期不在位或死亡的时候，要保证一种权位转换的有序。通常的解决办法是，在空位还没出现之前就定下一个继位者，因此，当首席执行官死亡和离位时，他就是毫无疑问的继位者，因此也就不会有空位期。还有第三个问题，暴政的问题，但很奇怪的是，在荷马的世界中没有这个问题；因为那里的问题是政府太弱了，而不是太强大了。

价　值

如果大多数公民的个人价值都有利于治理工作，治理的任务就会容易一些。爱国的情感会便利组织化的自卫；如果人们都在某种程度上尊重人的生命（有适当的限制），就会比较容易防止谋杀。

对这些社会美德或市民美德，我的说法是“利他主义”，意思是积极尊重直接家庭成员以及亲密朋友以外的他人的福利。爱国主义、遵守公德、令人信赖以及信守承诺都是利他主义天性的例证。[6]

同情或利他中的一个重要因素是感知的因素，而不是伦理的因素，也就是说，有一种能设身处地感受他人之所感的能力。亚当·斯密就曾论辩说，这种感知力是伦理的基石，是关心他人或对他人有义务感的基石。如果一个人不能想像性地进入其他人的思想感情，他就不会关心其他人发生了什么。[7]但是，这种移情（我会这种称呼这种同情中的感知因素）与政治上也有关联，因为有这一点就会便利化解冲突。一个人如果能理解各执一词的双方的感受，他 123
就会比那种不能移情理解争议的人更有能力让争议妥协。但是，单靠移情也还不够；超然，即把个人的和情感的利害关系都摘出来，这种能力对于成功行使政治权威也非常重要。

荷马史诗中的政府和政治价值

《伊利亚特》和《奥德赛》中刻画的政府要比上面勾勒的最低限政府的模型还要有限。更重要的是，无论荷马世界中的政府是怎

〔6〕必须有一个限定：要想让利他主义的概念包含那种使治理更为容易的价值，那么这个概念就一定要体现出对各种同情的排序，在这个序列中，作为整体的社区利益被排列在同情地关注某个狭小群体之前。例如，如果在一场反对政府的阴谋中，如果忠于自己同胞中的阴谋者，那么这种忠诚就可能降低而不是强化有效的政府。

〔7〕请看，Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments* (1759; reprint ed. 1969); Ronald H. Coase, "Adam Smith's View of Man," 19 *Journal of Law and Economics* 529 (1976).

样的。一般说来，它都没起什么作用[8]。

职　能

在荷马史诗所刻画的世界中，惟一届定明确并普遍接受的政府职能就是防御外来侵略者（例如，特洛伊）；而我们会看到，即使在这一点上，也有一些问题。谋杀、偷窃以及其他对内部公共秩序的违反都不是公共性质的违法。没有为保证人身和财产安全的审判、执行或惩罚的公共机制。对谋杀的制裁只是受害人家庭的复仇，完全在任何关于权利或救济的公共框架之外运作。在《伊利亚特》的保护场景以及其他一些地方都被小出，受害人的家庭也许会
124 接受一个价格（*poine*），作为处死谋杀者的替代，并且这个价格可以由某种形式的私人仲裁来确定，但在这一过程的任何阶段，都与

[8] 荷马时期的政府大致分为三个宽泛的类型：（1）希腊国家（比方说，迈锡尼、皮洛斯以及伊萨克）；（2）外部国家（主要是特洛伊和赫克里亚）；以及（3）大量临时（ad hoc）政府或准政府，例如，奥林匹亚的诸神，攻打特洛伊的希腊联盟以及更小的战争性或掠夺性伙伴。在这些类别之间，有时甚至在其内部，都有某些职能性的和结构性的差别，但问题和价值都很类似，并且最好是把这些类别放在一起讨论。我对这些政府的描述在很大程度上借助了先前的研究。请看，George M. Calhoun, "Polity and Society: The Homeric Poems," in *A Companion to Homer*, 前注[3]，页431注[21]，432－440；M. I. Finley, *The World of Odysseus* (2d rev. ed. 1978)，特别是第4章；P. A. L. Greenhalgh, *Early Greek Warfare: Horsemen and Chariots in the Homeric and Archaic Ages* 156－172 (1973)；A. M. Snodgrass, *The Dark Age of Greece: An Archeological Survey of the 11th to 8th Centuries B. C.*, 页392－394，435－436 (1971)，以及，有关诸神组成的社会，Martin P. Nilsson, *A History of Greek Religion*, ch. 5 (2d ed. 1949)。又请看，A. W. H. Adkins, *Moral Values and Political Behaviour in Ancient Greece: From Homer to the End of the Fifth Century*, ch. 2 (1972)；G. S. Kirk, "The Homeric Poems as History," in *The Cambridge Ancient History*, vol. 2, pt. 2, 页820－850 (I. E. S. Edwards, C. J. Gadd, G. E. Hammond, & E. Sollberger eds., 3d ed. 1975)；Myres, 前注[4]，页64－82；E. A. Sinclair, *A History of Greek Political Thought*, ch. 1 (2d ed. 1967)。

国家无关。[9]

哪怕受害人是国王，情况也是如此。当时没有弑君这样的政治性谋杀或谋反的独特概念。谋杀阿伽门农是犯法的，但不是犯了迈锡尼城邦的法律，而只是犯了阿伽门农及其家族的法。更重要的是，由于儿子对父亲的王位也没有高于他人的法律权利主张，因此，当奥瑞斯忒斯（Orestes）为阿伽门农复仇时，他竟然纯粹是以个人身份进行的，他既不是国王，也不是王子，而只是一个渴望复仇的人，他并不比埃癸斯托斯（Aegisthus）有更大的法定（jural）权利。

就像上面提到的，当时的国家也没有抵御外来侵略的责任。在特洛伊城邦如何抵抗的问题上，普里阿摩斯（Priam）有无人质疑的权威，打开还是关闭城门、谈判还是不谈判、归还不归还海伦，都由他（或他的陆军统帅赫克托尔［Hector*］）来决定。[10] 然而，由于在战争起源和过程中，普里阿摩斯家庭的直接成员都太突出了，因此特洛伊防御战的公共特点受到了侵蚀。这场战争没有公共的目的。这场战争只是要让普里阿摩斯的儿子帕里斯（Paris）留住一个其他特洛伊人都痛恨的外国妇女。主要的战士就是普里阿摩斯的62个儿子和女婿，并且，除了埃涅阿斯（Aeneas）外，不是普里阿摩斯的家庭成员但站在特洛伊一边的最显赫的勇士，格劳克斯（Glaucus）和萨耳帕冬（Sarpedon），甚至不是特洛伊人。希腊人的作战对象在更大程度上是普里阿摩斯的家族（oikos），而不是特洛

[9] 然而，那里还有少量公共法官的迹象（尽管他们在这些诗歌的活动中没有扮演任何脚色）——例如，在奥德修斯第一次访问冥府回，就提到克里特国王弥诺斯主持的审判。

* 普里阿摩斯的长子。——译者

[10] 防卫技术，特别是特洛伊的高墙壁垒，似乎隐含了某些预先进行的公共性防卫活动，但是《伊利亚特》说是波塞冬和阿波罗建筑了特洛伊的城墙。防卫希腊战舰的高墙和壕沟都是在战争期间修的。

伊国家。

进攻战似乎也完全不是一种公共的活动。同阿伽门农和梅内莱厄斯（Menelaus）一起征讨特洛伊的奥德修斯，以及其他国王，都
125 不是为了增加本国的财富，不是为了以其他方式张扬本国的威名，也不是为了强化他们的国家安全，反击特洛伊人可能入侵。[11] 而是为了履行他们对阿伽门农和梅内莱厄斯的含混不清甚或完全是个人性的责任，是为了获得战利品和名望，并且他们认为这都是个人的财富和好处。[12]战争对整个伊萨卡（Ithaca）来说（或者皮洛斯［Pylos］，或迈锡尼，或弗蒂亚［Phthia］），没有任何好处。《奥德赛》中描写的海盗行为也同样如此。

在荷马时代，政府通常的民事责任看起来并不是治理。在那里，没有公路修建或港口改善（斯克里亚［Scheria］的港口也许是个例外），没有制币、没有档案记录、没有外贸规制，没有警察，而且也没有法院。其中有几处提到了某种税收，[13]同时提到国王有互惠性的保卫国家的责任，[14]但很重要的是书中没有提到税吏；总

---

〔11〕 然而，在《伊利亚特》的第一编中，阿喀琉斯说自己根本不害怕特洛伊人，因为弗蒂亚太远了，这就是担心特洛伊人是否会入侵的迹象。

〔12〕 不清楚的是，阿伽门农是如何诱使其他希腊国王同他和梅内莱厄斯一起远征特洛伊的。隐含的是，这些国王都是依据对他的某种责任而这样做的。请看，G. S. Kirk, *Homer and the Oral Tradition* 47 (1976)。但是，这里没有解说这种责任的性质，究竟是出自礼物/客人关系呢？还是反映了阿伽门农对其他希腊国家拥有某种权威。阿伽门农是同等人中的老大，并且是希腊联军的总司令，但他并不是希腊的皇帝（他挥舞着权杖作为他的权威的象征，但并不是只有他自己如此——请看后注〔18〕）。相反的观点，请看，Georges C. Vlachos, *Les Societes politiques homeriques* 303 – 317 (1974)。

〔13〕 值得注意的是，阿尔喀诺俄斯提出对斯克里亚人征税，以此来补偿他和他的贵族赠送给奥德修斯的礼物，但阿伽门农也提到阿喀琉斯会从阿伽门农提出赠给阿喀琉斯的那些城市中获得礼物。还有一些更简洁的提及战争税，请看，*Iliad* 13. 663 – 669, 23. 296 – 298。

〔14〕 在萨耳帕冬对格劳克斯说的话中就提到了这一点：请看，James M. Redfield, *Nature and Culture in the Iliad: The Tragedy of Hector* 99 – 100 (1975)。

的说来，你看不出那里有哪怕是最起码的公共财政。

也许没有政府职能的最有力证据是，在伊萨卡，国王曾 20 年不在位。门特（Mentor）是名义上的摄政，但他一点权力都没有，也完全不管事。如果那里还有任何人有权威，那就是成天围着奥德修斯的住所，纠缠奥德修斯的妻子、以及（到最后）陷害忒勒玛科斯（Telemachus）*的那些求婚者，但是书中从来也没说过，这些求婚者干过什么公事。显然，在 20 年间，没有一件公务发生。[15] 126

结　构

荷马式的社会似乎提出了一个悖论，一个政府有结构，但几乎没有功能。那时，每个国家都有一位“国王”（*basileus*）；有一个由贵族（*aristoi*）组成的内阁，向国王提出建议；还有一个下属公务官员（*kērux*，“传令官”），他的主要职能就是送达国王的信息和命令，召集和规制 *agorē*，民众大会的一种。（也许）那里还有一种更高的国王，叫做 *anax andrōn*。奥林匹亚由诸神的政体就有一位至高无上的国王，宙斯；其他奥林匹亚神（与其他比较小的神灵［immortals］不同）则构成了宙斯的非正式内阁。

就像有人发现的那样，在荷马时代的国家中，这样的行政权威由国王行使。普里阿摩斯就是当时的国王之一，其他的国王还有梅内莱厄斯、伊多梅纽斯（Idomeneus）、阿喀琉斯、奥德修斯以及攻打特洛伊的其他希腊领袖。阿伽门农是迈锡尼的国王，但也是攻打特洛伊的希腊军队的统帅。*anax* 这个术语在荷马史诗中，与在线形

---

* 奥德修斯的儿子。——译者

〔15〕应当明确，当忒勒玛科斯召集伊萨卡贵族大会时，有人问他，这个大会是要审议一件私事呢，还是一件公（*demos*）事，但是看起来所谓“公事”，他指的不是政治问题，而只是一件人们普遍感兴趣的事情，例如奥德修斯和他的人马从特洛伊归来了。

文字B表上意思不同，这是一个有很高荣耀的荣誉称号，而不仅仅是一条命令链上的一个职能性职务（从来没有人称神为*Basileus*，常常都称其为*anax*），*anax andron*（勇士之王）这个术语看来指的是阿伽门农的职务是希腊盟军统帅，尽管有时也用这个词来指远不如阿伽门农出色的人物，例如特洛伊的安喀塞斯（Anchises）。然而，这个位置看起来更多是一个战时的临时职务，而不是一个界定明确的治理角色。阿伽门农是最伟大的希腊国王，并因此他是这些国王的统帅（其他的国王组成了阿伽门农的内阁），但阿伽门农并不是希腊的国王或皇帝。

通常都是把*basileus*翻译为国王，这种译法令人误解。[16]在荷
127 马时代，*basileus*更像中世纪英国的男爵。在一个地区里，他是老大，他的家族（*oikos*）最大，如果要出去劫掠，或受到攻击，他就是统帅，并由他来分配任何战利品，但是在正常情况下，他并不履行什么治理职能，因为在荷马时代的世界中，通常也没有什么职能可履行的。

与这种中世纪的类比不同的是，在希腊没有比这些地方权贵更高的权威。在荷马那里没有什么词表述奥德修斯的政体还要服从的政治实体，而且也不能把奥德修斯的职位理解为一个真正的国王，因为你也找不出一个更低层的男爵。在奥德修斯以及其他"国王"下面只有一些简单的家族，*oikoi*，其中有些可以肯定相当大，但没有哪一个是家族的集合体。[17]

[16] 与事实相距很大的是，这个词有时会用于一些根本不是国王的人，例如，普里阿摩斯的儿子（他甚至还没有自己的家族）以及帕涅罗帕的求婚人。政治性词汇的贫乏就是荷马时期政治制度机构很初步的线索之一。

[17] 一个例外是斯克里亚。阿尔喀诺俄斯的内阁就是由一些"国王"组成的，他们各自似乎都有自己的领地，而不仅仅是一个家族。但是，荷马以很多方式认定斯克里亚是外来的，事实上是想像的；也许这就是它的外来特点。一个更为重要的例外也许是《伊利亚特》第9编中提到菲尼克斯"统治着"（*anassôn*）帕垅斯王国的一部分。

由于除了在对外安全上时不时有一些积极的活动外没有其他的治理职能，因此毫不奇怪，你可以发现奥德修斯想回家的事只同他的家族相关，同他的妻子儿女、他的奴隶和他的财产相关。没有任何痕迹表明，他或许还有什么公务要处理，也没有痕迹表明那些追求奥德修斯之妻的追求者对伊萨卡的政体也许有一些与奥德修斯家族不同的想法。尽管这些求婚者担心如果自己公开杀死特勒玛科斯（Telemachus）会带来公众的反感，奥德修斯却没有作出任何努力唤起舆论或征集伊萨卡人民为恢复自己的王位而战斗。最后，书中也没有任何提示，如果奥德修斯向伊萨卡的民众发出呼吁，民众就会因为他是王位的合法持有者、[18]因为人民记得他是一位好国王或因 128
为任何其他原因而聚集在他的周围。

在荷马史诗的社会中，轮廓最清楚的政治制度就是民众大会（*agorē*）。算在这个制度内的人，无论是那些求婚者的亲属，是攻打特洛伊的各希腊分队的“国王”，或是攻打特洛伊时期奥德修斯的军队成员，都经常来民众大会，考虑一些共同的问题，摆平一些争议，并计划未来的行动。在民众大会上，人民都坐着，只有在发言时才站起来；传令官会把权杖递给发言人。一般的人也出席，但不发言（《伊利亚特》中瑟塞蒂兹（Thersites）*出格的爆发除外），尽管他们也可以表达观点，即对提出的某个动议大声表示同意和反对。

民众大会一般说来是一个审议性机构，而不是一个治理机构。民众大会的成员都有权要求听取自己的意见，但都没有决策权。民众大会曾想让阿伽门农归还克律塞斯（Chryses）的女儿，阿伽门农

---

[18] 也许很重要的是，在荷马那里，并没有“王位”这个概念（*thronos* 只是把椅子），除了权杖以外，也没有任何其他国王的象征，并且还用权杖来表示其他一些权威，例如作为祭司的或传令官的权威，或者是在民众大会上发言者不可侵犯的权威。然而，阿伽门农的权杖显然很特别。请看，Iliad I. 277－279，2. 100－108，9. 99。

* 希腊军队中一位最丑陋、最爱骂人的士兵。——译者

拒绝了；尽管阿伽门农属于少数，他的拒绝也是彻头彻尾的错误，但没有任何地方提示说，由于阿伽门农轻视了民众大会的意愿，因此就超越了他自己的法定权威。在民众大会上，最接近投票的事情发生在《奥德赛》的最后一编：那些求婚者的亲戚考虑是否要同奥德修斯打仗。多数人决定要打，少数人只是离席出走了。但在这种情况下，没有人出来统帅。在荷马史诗中，最强有力的民众大会竟是这样一个求婚者的大会，原因恰恰是这里没有"国王"或没有类似的人物。尽管安提诺斯（Antinous）是这帮子求婚者中的主要领袖，但主要的决定都是由共识来确定的，并且安提诺斯也不坚持为民众大会否决的那些提议。

在荷马史诗传统的或根深蒂固的价值结构中，民众大会是文明
129 的一个标记。[19] 但这并不能认为民众大会就是一个有效的制度；就像我们会看到的那样，一般说来，它不是。

在荷马史诗的社会中，从法律的性质就可以看到缺乏治理结构的迹象。在荷马史诗中的希腊、最接近"法律"的语词是 *dike* 和 *themis*，意思是习惯。这是些规定了向诸神献祭之方法、有关恳求者和哀求者的恰当处置以及社会行为的其他法律和非法律方面的习惯。在一个缺乏正式制度——例如法院和立法机关——来颁布法律的社会中，依赖习惯是不可避免的。在没有这些制度性机构时，惟有的规则就是那些满足了社会需要的做法，由于这些做法满足了社会需要，因此在很长时间内都得到遵循。尽管我们都认为法律非常突出地是由国家发布的，尽管法律事实上常常被界定为一种由公共暴力作后盾的命令，但是在荷马史诗的社会中，法律制定却完全不是政府的职能。

---

[19] 库克罗普斯人就因为那里没有民众大会而受到嘲笑，并且诸神也没有一个正式的民众大会，这也许是一点迹象，荷马认为诸神要比人类更为原始一些。

问　题

在荷马史诗的社会中存在的那种政府运作状况并不好。主要的问题是，没有确定的权力承继程序，以及缺乏控制。在荷马的世界中，就没有权力承继的规则。因此，当奥德修斯离开伊萨卡时，行政权威就这样空着；也很清楚，如果最后宣布奥德修斯死了，没有谁有继任国王的最高权利主张，甚至奥德修斯的儿子也不能。[20] 事实上，忒勒玛科斯当时也正打算出走，因为不论帕涅罗帕（Penelope）* 选择谁作为丈夫，被选中的人都会获得对奥德修斯家族的控制，并会以此作为物资基础在伊萨卡的贵族中主张自己的首领地位。帕涅罗帕（间接地）控制着这一继承。有时，人们认为这一点是前希腊的母系社会残余。但是，诗歌本身隐含的很没有这个意思，其隐含的是：当时的继承规则非常不清楚，因此没有确定伊萨卡国王位置的原则；这也就是说，不论帕涅罗帕选中了谁做丈夫，他就是国王。诗歌中从来没有提到，奥德修斯不在家时，帕涅罗帕可以自己行使王权，或者是，在忒勒玛科斯未成年时，可以任命一个有效的摄政，或是可以召回累尔提斯（Laertes）** 施政，作为解决领导危机的可能的解决办法。[21] 130

---

[20] 国王之子要求继承父亲王位的任何主张都立基于强烈的可行性考虑因素，即他与在位者的关系也许会使他比对手更为有利一点；当时没有法律规定的继位，哪怕是国王在外出之后重新恢复职位，这种权利都会有争议，无论是奥德修斯还是阿伽门农，都是这样，尽管至少是梅内莱厄斯和内斯特从特洛伊归来之后重新确认自己王位时没有遇到麻烦。

* 奥德修斯之妻，忒勒玛科斯之母。——译者

** 奥德修斯之父。——译者

[21] 也许，在伊萨卡和迈锡尼（在那里，阿伽门农留下自己的吟游诗人来负责）摄政很弱的原因是，如果摄政很强，他就不大可能把权力归还给归来的国王。请看，前注[20]

缺乏控制，也就是无法管理。这在荷马的两部史诗中都是一个重要主题。阿伽门农禀性就不适合担任攻打特洛伊的希腊军队统帅。[22] 在第二编中，阿伽门农意外地引发了希腊军队的恐慌，在民众大会上，瑟塞蒂兹能破坏大会程序，这都是失去控制的一些很有力的标志。诗歌第一编中，阿伽门农在同阿喀琉斯争吵之后，就无法有效控制希腊军团了。特别值得注意的是，阿伽门农无法把自己的个人利益同自己的公共职责分离开来；在相当不同的情况下，这一点在普里阿摩斯和奥德修斯身上也都出现过。阿伽门农纯粹因为自私的原因就拒绝归还克律塞伊斯（Chryseis），他根本不理解自己作为总司令，这个职务要求他，最起码要平衡一下他私人的利益和公共的利益。[23]

在特洛伊那一边，缺乏政治控制也是一个很严重的问题。特洛
131 伊人发现自己进行的是一场无望的战争，他们在为帕里斯（普里阿摩斯家庭的黑羊）的外国妻子（他们很讨厌她）而战，更重要的是，帕里斯是严重违反了荷马时代道德法典之基石——好客——才获得这个女人的。普里阿摩斯和赫克托尔都无法避免或使特洛伊国家摆脱一场不正义的战争，这场战争，哪怕是赢了，也没有可见的收益，这就表明根本他们没有行使公共权威的能力。

特洛伊在政治管理上的主要问题在于，帕里斯是赫克托尔的兄弟，是普里阿摩斯的儿子。家族的忠诚要高于公共义务，哪怕是这

[22] 雷德菲尔德（Redfield）就强调了这一点，请看前注[14]，页93。

[23] 请看，同上，页94。阿伽门农作为统帅的问题例证了在治理上一个频繁发生的冲突，即程序性相当与实质性相当之间的冲突，荷马时代的社会无法解决的一个冲突，就像是内斯特在《伊利亚特》第一编中解说的，阿伽门农担任总司令的权利是建立在这样一个人们接受的原则之上的，即最强大的国王，也就是可以召集的军队人数最多的国王，就是总司令。这是一条很有吸引力的简单且明确的程序规则，它避免了因没有明确的继位规则而造成的不确定性，但这也会导致让一个不适合这个位置的个人担任这一职务。

个家族成员根本不配获得这种忠诚。就像阿伽门农同克律塞伊斯有冲突一样，普里阿摩斯同赫克托尔也有严重的利益冲突，因为在一个公共关切的问题上，他们都有一种家族的利害；他们为了帕里斯把整个国家都带进了厄运，这一点充分说明了在那里没有现代意义上的“负责任的领导”。

还有一点，意义更为宽泛一些。从历史上看，国家都是从某些家族的聚合开始的，因为这些家族不再足够有力，哪怕是（松散地）同其他家庭联盟，它们也都不足以抵抗强大的敌人。但是，从这里向政治性社会转变困难很大，因为这些家庭已经长期自给自足，在有些情况下，它们本身就像一个强大国家的缩影，它们不愿服从更大的政治实体。因此，要出现一个强有力的国家，就必须打破大家庭。普里阿摩斯的特洛伊就是这种斗争的一个象征。他有50个儿子，12个女婿，都住在家中，普里阿摩斯的家庭实在太大了；而在家庭内要有忠诚，比方说，普里阿摩斯和赫克托尔很奇怪地拒绝强制帕里斯，这就是一种体现。但这种家庭的忠诚与普里阿摩斯作为国家首脑的责任是有冲突的。这种家庭的忠诚，再加上荣耀的观念（这一点，我们会看到，对于一个由自给自足的家庭组成的社会之稳定很关键，但在一个政治性秩序的体系中，这一点则是一个潜在的破坏秩序的因素），最终导致了特洛伊国家的毁灭。

《奥德赛》在伊萨卡和奥德修斯的远足之间来回调换，把这两 132
种环境下到处都有的领导和管理失败都流水帐一样地记录下来了。奥德修斯对自己的民众（*hetairoi*）就没有能力行使有效的权威。他对自己作为领导人的责任也没有能力保持一个始终如一的看法（这令人想起阿伽门农很难在克律塞伊斯问题上拿吵的难题）。这都不断带来了灾难。

尽管自己的民众一次次抛弃了他，奥德修斯仍然热爱或忠诚于民众，有人把这一点视为奥德修斯天性善良的证据。但另一种解说是，这反映出奥德修斯意识到自己也有罪过。尽管伊萨卡的民众吃

光了桑人（Sun）的牲畜，造成了桑人的死亡，也造成了奥德修斯回家晚了7年，但这场灾难的最终原因是奥德修斯嘲笑了独眼巨人库克罗普斯（Cyclops）。风神埃俄罗斯的皮袋中藏的风都泄漏出来了，问题也是这样出的：民众干了这件事，但奥德修斯就是在这个关键时刻睡着了。由于他在库克罗普斯问题上的行动使民众很怀疑他的动机，因为本来，奥德修斯应当告诉民众皮袋里装的都是些什么东西。但是，在这些不幸事件上，究竟应如何分配罪责，这个问题都被这样一种感觉淹没了，即这些不幸与荷马的社会有有机的联系，而不是随机的和可以避免的；在这个社会中，集体行动一般都很难成功。

与此相关的一点是，很难想像，由于有了民众的帮助，奥德修斯居然成功打败了那些求婚者。这些民众是如此难以管教，奥德修斯的管教又是如此的蹩脚。因此，如果当初民众中有谁阻碍了奥德修斯，那些求婚者就会有更大的获胜机会。毕竟，荷马反复告诉我们，阿伽门农带着自己的人马回到了迈锡尼，最后还是被人暗杀了（他的人马也受到了伏击，全军覆没）。单个人成功了，而整个群体却失败了，为什么？就是因为，在荷马的世界中，政治管理的艺术还太虚无飘渺了。

奥德修斯不仅单枪匹马就成功了，而且他成功打败了这群求婚者。人们再次感到这些求婚者失败的部分原因就在于他们的人很多，人多使他们错误地相信自己的力量。这帮人实在太不果断了，他们没有有效的领导，这一点是因为，这个求婚者群体的决策性质是大家的一致同意，他们没有能力提出一个如何填补伊萨卡王位的程序，也没法迫使帕涅罗帕作出决定。在忒勒玛科斯透出想伏击他们的信息后，他们也没有办法在伊萨卡处死忒勒玛科斯，没有办法不让乞丐进入射箭比赛，没有办法用他们人数上的优势来压倒奥德修斯（尽管这种可能性是50比1）。在求婚者的亲戚召开的民众大会，也暴露了这种控制能力之缺乏，战斗还没打响，大量的帮派就

已经解体了，都回家去了。

《奥德赛》的结尾是一个政治的解决办法。雅典娜命令这些求婚者的亲戚都停止复仇，作为交换，雅典娜允诺给伊萨卡以富裕和和平。这就像是一个宙斯的社会契约，把本来可能变得无休无止 133
的循环复仇给打断了。但是，奥德修斯并没有参加这个调停，他还是很愤怒，想要彻底消灭这些求婚者的亲戚；只是宙斯的雷霆才使奥德修斯没有这样行动。对求婚者的亲戚提出的政治问题，奥德修斯的解决办法就是把这些人都杀光。

《奥德赛》的结尾提出政治性解决问题的办法都是诸神的馈赠。然而，在这两首史诗中，在神的层面上，同样有显著的政治性管理的问题。宙斯当然毫无疑问享有法定的至高无上。他不仅不用离开奥林匹亚山就可以干预人间事务（其他神则不一样），而且它对任何违抗自己的神都可以施加沉重制裁。但是，他实际行使的权威很小，他没有可靠的工作人员（只有传令者）。在诸神中，他得不到任何神的个人化的忠诚或热爱，他没有计划和目标，也很容易上当受骗，为人左右、分心和抗命。在《伊利亚特》中，宙斯的计划（*Dios boulē*）一次次都翻车出轨了；在《奥德赛》中，他的成功则主要是因为波塞冬一时疏忽。宙斯，就像阿伽门农一样，被赋予了巨大的正式权力，但是从总体看来，行使得很无效。因为宙斯，就像阿伽门农一样，禀性就不适合自己的角色。还有一点就是，宙斯缺乏支撑他的结构和人员，而没有这些，谁都不可能有效行使权力。

价　值

在荷马那里，有这样一个价值系统减弱了缺乏有效治理的问题，值得注意的是，在这个价值系统中主要是没有公民的德性。人们已经注意到了，在特洛伊战争中，没有哪个希腊人有什么爱国主

义感情。[24] 阿喀琉斯撤出战斗，并不感到什么耻辱，而这几乎给希腊军队带来了巨大灾难。确实，在那里也有过一些利他主义的行动，但是意味究竟是什么，很含混。赫克托尔似乎是在为自己国家而战，同时也在为他的家庭和荣誉而战，“最吉利的预兆就是为国而战”，就用这样一个口号，他一次次拒绝了恶兆，但他为之战斗的事业在荷马时代的价值结构中是不值当的，并且他的公民德性有助于使他成为一个外来者同时使他不如其对手阿喀琉斯。阿喀琉斯曾两次进入了利他主义，而这些利他主义最终导致了他的毁灭。他看到希腊海军在赫克托尔面前败退，他一时是同情起他们的苦难，并派了普特洛克勒斯（Patroclus）去看看情况如何。后来，阿喀琉斯收回了内斯特（Nestor）提出的妥协方案，即派普特洛克勒斯戴着阿喀琉斯的标志出战。阿喀琉斯再一次因希腊军队的处境而一时被打动了，并在这一刻接受“妥协政治”，因此阿喀琉斯把普特洛克勒斯，作为阿喀琉斯本人的象征，送上了死路。阿喀琉斯最终杀死了赫克托尔，并因此注定了特洛伊的失败命运，并保证了希腊人的胜利，这时，他是为了个人的目的，即要为普特洛克勒斯复仇。普特洛克勒斯对于阿喀琉斯来说，就如同中世纪迷途骑士心目中的少女。在阿喀琉斯那里还没有作为政治性追求的战争概念。[25]

134

因此，内斯特提出的、注定了普特洛克勒斯死亡的妥协就不是一个意外事件。在《伊利亚特》中作为体现了政治智慧的人物，内斯特是惟一的，他把战争理解为一种组织化的冲突，而不是一种为

---

[24] 请看，例如，Saul Levin, "Love and the Hero of the *Iliad*," 80 *Transactions Am. Philo. Logical Ass'n* 37, 40–43 (1949)。但应当明确，那里有很强的族裔感（比方说，相对于非尼基人），但这与爱国主义不一样。

[25] 这再一次例证了其政治词汇的贫乏，荷马时代的希腊语中没有有别于具体战斗（battle）或打仗（fight）——*polemos* 或 *mache*——的用来特指战争的词。参见，C. S. Lewis, 1 *Preface to Paradise Lost* 28 (1942)："特洛伊战争并不是《伊利亚特》的主题，特洛伊战争只是一个纯粹个人性故事的背景而已。”

了个人荣誉的混战。[26] 内斯特还不仅是政治智慧的一个象征，而且还是老人的一个象征。他不断唠叨自己太老了，与此相关，他也没法参加战斗。政治能力在此是对老龄的一种抚慰，而不是作为正当年的领袖的常规禀赋。[27]

为什么没有更多珍视政治技巧呢？原因之一也许是，在荷马的世界中，人多并不管用。奥德修斯几乎是单枪匹马就把无数求婚者都给灭了，在《伊利亚特》的战争场面中，面对勇士的重围，一个个孤胆英雄竟如入无人之境。缺乏政治技巧也就是承认，对于政治社会来说，很基本的一点就是，一个由普通的个体很好组织起来的群体几乎都会击败一个更出色但独往独来的个人。[28] 135

当然，内斯特也还是一个值得注意的例外，荷马史诗中的个体在利他行为上（我称其为移情）都趋向于没有感性的维度，也没有伦理的维度。在《伊利亚特》一开始，阿伽门农就同阿喀琉斯有非常激烈的冲突，原因之一就是他们无法看到自己坚决主张的权利，在对方非常类似的主张中，都有对应。[29] 此外，也很显著的是，阿伽门农太情绪化了，他缺乏一种超然。

---

[26] 强烈抨击内战、建议建立城墙来保护希腊战舰、按照部落和氏族（*phula* 和 *phratreēs*）来组织希腊军队、认为如果希腊勇士停止掠夺击倒的对手，胜利就不很完整、提出了一个涉及到大量的战车兵和步兵的战役计划：所有这些都是内斯特干的。

[27] 荷马对作出妥协的出色政治技巧所持的态度也许提示了，内斯特对阿喀琉斯提出的重要妥协也许很短见（尽管对希腊军队的最终结果来说，这是万幸）。这涉及到严重的但在荷马世界中很典型的一种错误，即让一个人承担了其力所不能及的角色。这个境况不仅发生在帕特洛克勒斯自己身上，也发生在阿伽门农、赫克托尔、忒勒玛科斯以及其他许多人身上。

[28] 请看，例如，Adam Smith, *The Wealth of Nations* 232 - 233 (Edwin Cannan ed., reprint ed. 1904)。

[29] 然而，阿喀琉斯在第24卷中表现了对普里阿摩斯的移情理解。

荷马史诗中的社会秩序

尽管看上去，在哪怕是最低限国家的结构上、支撑性价值上以及权能上，荷马史诗中的社会都有很关键的缺陷，但荷马刻画的那个世界并不是霍布斯的自然状态。在那里，有发展良好的、由私人的制度和价值构成的体系；即使没有过国家，也可以实现人们欲求的最低限度的社会互动。在荷马的世界中，与霍布斯的自然状态相对应的是独眼巨人库克罗珀斯（Cyclopes）的国家，那里的人们生活完全没有教养、没有社会交往。与这种野蛮存在方式相对立的，是一个开化的社会；在这个社会中，必要的社会和谐是通过各家各户之间态势固定互动实现的。人们外出走动，收集各种礼物。个体从这种走动中，从各家各户制作的衣物、三角凳以及其他物品中，汇集起一些财富，可以向来访者分发礼物。主人和客人（两者都称作 *xeinos*）都服从一种好客的道德律法（概括为术语 *xeinios* 和 *xenios*），这个律法要求主人要慷慨，客人则不能滥用主人的慷慨。除了交换礼物外，这种主客关系的各方——即 *xeinoi* 还结下婚姻以及其他联盟。

136

尽管在荷马的世界中明确的交易只限于同非希腊人交换，[30] 但上面说的这种礼物交换体系也明显是一种交易。这种交易明确是

[30] 请看，M. I. Finley，"Marriage, Sale, and Gift in the Homeric World，" 2 *Revue internationale des droits de l'antequité* (3rd ser.) 167, 73 (1955)。一个重大的例外是出售服务：*demioergoi* 这个词在《奥德赛》中指的是（歌手、医生等）行当，他们用自己的服务来交换食品和其他物品。

互惠的，[31] 但这又是一种很特别的交易。通常交易的目的是要便利劳动分工，这意味着交易的物品是不同的，是用一只鞋子交换一条面包，而不是用这只鞋子交换另一只鞋子。但是，在荷马那里，礼物交换的大多是同样的物品，通常还是装饰性的物品。交换的目的不是要使双方专长于各自也许有比较优势的生产活动。事实上，这些礼物甚至常常不是交换物品者自己生产的，而是战利品，或是从先前的交换中获得的礼品。从生产的观点来看，史诗中描述的荷马时代的家族大多是自给自足的。

要理解交换礼物的目的，我们必须勾勒这样一个社会的图画，在这个社会中，人们都生活在小且分散的群体中，即生活在一个家 137
户（household）中，每个家户都不止一个单一的家庭。除了食物和住房外，这些家户都面临两个重大问题。第一是，如何繁殖后代，并且还不发生乱伦，因为对乱伦，人类有一种强大的、近乎普适的并显然是源于基因的禁忌。第二个问题是，如何抵抗抢劫者。解决乱伦问题是与其他家族的成员通婚，[32] 解决自卫问题则或者是同分开过的亲属结盟，或者是同陌生人结盟。礼物的交换则便利了这样两种形式的扩展，使这家人了解了或许是陌生的、不同家户的成员的品质如何。如果我给了你一个金三脚凳，而你给我的回报只是一块质地很差的毛毯，那么，我就了解了你是否适合作为盟友或是作为岳父；如果这就是你可能给我的全部礼物，那就可能意味着你不会是一个出色的战士，因为你没有能力收集一堆战利品，不能从

---

〔31〕"不要错误解说'礼物'这个词。它也许可以表述为一个平淡的初民社会和无政府的社会中的规则，即没有任何人给予任何东西，无论是物品还是服务还是荣耀，而自己或亲属不得到恰当的回报，真实的或祝贺性的，直接的或多年之后的。因此，给予的行动在本质意义上总是一种互惠行为的第一部分，另外一半就是回赠的礼物。" Finley，前注〔8〕，页 64。

〔32〕Finley，前注〔30〕，页 172，指出，在荷马那里，婚姻几乎总是地理距离遥远的家族成员之间的婚姻。

中挑一件好礼物送给我。[33] 因此，礼物交换就具有传递信息的功能，这就解说了为什么在荷马时期的社会中，通婚通常是通过双方交换礼物缔结的，而不只是给新娘一些礼物。

库克罗帕斯人之所以是野蛮人，不是因为那里没有民众大会或 *themistes*（尽管荷马也很强调这些细节），而是因为他们拒绝这种礼物交换体系。这就意味着他们很粗野（粗野有多重含义）。这也是为什么奥德修斯对波吕斐摩斯（Polyphemus）论证（主人吃客人的，又喝客人的，就不会有很多人来拜访）就等于对聋子说话。

这种有关礼物/客人的道德对于理解《伊利亚特》和《奥德赛》
138 中刻画的事件至关重要。之所以发生了特洛伊战争，就是因为帕里斯滥用了梅内莱厄斯的好客。阿伽门农起初拒绝用克律塞伊斯来“交换”克氏之父提出的赎金；后来阿伽门农又坚持对方要用布里塞伊斯来交换阿伽门农最后被迫放弃的克律塞伊斯；尽管阿伽门农提交了礼物，阿喀琉斯却还是不愿平息自己的愤怒；以及后来阿喀琉斯接受了普里阿摩斯的礼物，归还了赫克托耳的尸体；所有这些事件都是《伊利亚特》的关键转折点。在《奥德修斯》中，帕里斯又一次出场，但还是像当初那样，是帕涅罗帕的第 108 个求婚者；库克罗帕斯自己是主人，却滥用了主客关系，因此受到严厉的惩罚；并且人们发现那些求婚者所做的一切都从两方面，即作为奥德修斯住所的客人，以及作为主人对待乔装打扮的奥德修斯违反了这一有关主客的道德律法。

这两部史诗中包含的还不仅是一部以主客关系为中心的道德法典，而且还包含了一个强制执行这一法典的机制，尽管这不是一个公共机制。这个机制就是复仇。古希腊表示复仇者的语词是 *dikēphoros*，其字面含义就是“带来正义的人”。帕里斯滥用了梅内

[33] 战利品在礼物交换体系中的作用有助于解说，为什么在荷马的战争中，战胜者总是停下来先掠夺被击倒的对手，然后才转向另一个敌手交战

莱厄斯的好客，因此受到了惩罚，特洛伊被毁了，那些滥用奥德修斯之好客的求婚者也都死了。强调荣耀（*time*）之所以是道德美德的中心，只有把这一美德同法律实施机制的性质联系起来才能理解。性格火爆的人对哪怕是一点点轻侮也会当即复仇，在这样一个以报复为基础的威慑体制中，这个特点起到了一个重要作用，这就是，它使报复的威胁令人非常可信；在这个体制中，这是对不公行为的至关重要的威慑。[34]

总之，在荷马的世界中，由于有这样一个价值系统（好客，荣耀），又有实施这些价值的种种实践（复仇、礼物交换），因此，尽管这个体系不是社群的或政治的，它还是培养了必要的合作，从而避免了霍布斯的自然状态。这种情况与现代国际关系上的道德很相似。[35] 今天，并没有什么国际政府，跨国界的广泛合作关系还是建立起来了，并且保持下来了。在大多数地区，人们在大多数时间外出和交易或多或少还是安全的。互惠和报复维系了一种可以接受的稳定的国际秩序，这与荷马史诗中作为可实现的、家族之外社会互动关系的理想而提出的状况很相似，这是"守夜人"国家的一个替代。

然而，荷马世界的这种非中心、互惠、前政治的社会秩序又很脆弱，并且《伊利亚特》和《奥德赛》也都描绘了这种秩序的瓦 139
解。其脆弱的标志就是特洛伊战争。当帕里斯拐走了海伦时，帕里斯就对梅内莱厄斯干下了严重的不公，梅内莱厄斯就应当寻求复仇。但是，由于帕里斯生活在一个壁垒森严的城市中，因此，梅内莱厄斯独自一人，甚或有他自己的随从协助，也还是不可能对帕里

---

〔34〕本书第7和第8章将更系统地讨论复仇。*dulephoros* 这个词实际上在荷马的著作中并没有出现。

〔35〕有关维持公共秩序上国际关系与初民法律之间的类比，请看，Michael Barkun, *Law without Sanctions* (1968)。

斯复仇。确实，梅内莱厄斯有一个兄弟，也确实，对不公实施复仇被认为是一种亲属的责任。但是，即使有阿伽门农的帮助，梅内莱厄斯也还不是强大得足以实施自己的复仇；他们兄弟俩需要征集无数的非亲属的帮助，其中最突出的就是阿喀琉斯。

让我们想一想《伊利亚特》中涉及到梅内莱厄斯的两件主要事件：在第3编中，他同帕里斯展开了决斗，以及在第4编中，他被潘达洛斯（Pandarus）射伤了。决斗是对违反道德秩序的一种前政治的解决办法，如今已废除了。当梅内莱厄斯被潘达洛斯射伤时，阿伽门农认为梅内莱厄斯可能会死，为此非常沮丧，因为他认为，这样一来，就不得不放弃攻打特洛伊的战争了。阿伽门农只能把这场战争理解为一个私人的复仇。因此，当受伤害者死了的时候，就必须停止这种私人的复仇。哪怕是从《伊利亚特》的价值体系来看，这个立场也很极端，因为死者的亲戚还是有为死者复仇的义务的。阿伽门农对梅内莱厄斯可能死亡作出的极端反应非常个性化，从这一点就显示出，对于荷马时代的大脑来说，是很难设想出一个足够的“理由”来支持像特洛伊战争这样一个非常有政治性的事业。

一旦有许多家户发现了如何把自己组织成国家的时候，其他分散家户的成员就面临着很大的危险，因为他们不再能以对侵犯自己利益的人作出令人信服的报复威胁来保护自己利益了。国家开始要回应外部（而不是内部）的安全问题了，[36] 荷马史诗就描述了这样一个处于发展中的阶段，在这个阶段，单独的家户或是同亲属和客人朋友加入一个很难建立的联盟共同对一个违反道德法典的具体

---

〔36〕这似乎事实上是基本的机制，根据这种机制，由分散居住的人家构成的社会转化成了国家。请看，Robert Bigelow, *The Dawn Warriors: Man's Evolution toward Peace* 8, 13 (1969); Robert L. Carneiro, "A Theory of the Origin of the State," *Science* 733 (Aug. 14, 1970).

行为进行复仇（希腊人），或者是在内部扩展，构成一个国家的起点（特洛伊人）。

荷马的个人主义

任何阅读过描述初民社会之著作的人都会很熟悉我称之为荷马式的制度和价值结构。这种礼物交换以及好客的礼节；这种血族复仇；这种在战时统帅一切但在和平时期并不进行统治、甚至不管内部的刑事法律问题的首脑；[37] 这种为对付外来威胁而出现，而威胁一过就会瓦解的松散联盟；[38] 这种通过亲属关系和客访建立的联盟；[39] 这种杀死男性战俘并奴役和"纳妾"女性战俘的做法；[40] 首脑之子承继首脑职位只是一种惯例，而不是一种权利；[41] 这种决斗；[42] 这种高度发达的荣耀感；[43] 这种得到正式认可的"双重标准"，即要求妻子保持贞节，而允许丈夫有他可以获得的所有的妾；所有这些都是为人们熟知的初民的、前政治社会的 140

〔37〕 请看，Max Gluckman, Politics, *Law and Ritual in Tribal Society* 86 – 87 (1965).

〔38〕 请看，Marshall D. Sahlins, "The Segmentary Lineage: An Organization of Predatory Expansion," in *Comparative Political Systems* 89, 95 – 96 (Ronald Cohen & John Middleton eds. 1967)

〔39〕 Gluckman，前注〔37〕，第3章（非常恰当地冠名为"没有国家的社会和秩序的维系"）；Lucy Mair, *Primitive Government* 51 (1962).

〔40〕 请看，Edward O. Wilson, *Sociobiology: The New Synthesis* 572 – 573 (1975). 这种惯例就像下面正文中提到的"双重标准"一样，明显有基因作基础。这是一种最大化地传播获胜群体之基因的方法。基因侵略性是基因的特征之一。这个特征趋向于在生存竞争中获得有利的选择，因为任何拥有这一特征的群体都趋向于比没有这一特征的群体能更广泛地传播这种基因（包括这种携带了基因侵略特征的基因）。

〔41〕 请看，Gluckman，前注〔37〕，页88。

〔42〕 请看，Mair，前注〔39〕，页41。

〔43〕 请看，同上，页40。

特点。这些都是很强有力的证据，表明了荷马描述的社会是“真实的”，尽管并非每个细节都必然是历史的记录；但是，这也提出了一个待解的难题。荷马赞颂的是英勇的个人。但是我们并不认为“个人主义”是同初民社会联系在一起的，尽管初民社会没有治理机构。我们认为在这种社会中，人是囚禁在由习惯、等级以及亲属关系构成的网络中的囚徒，在那里留给展示任何个体性的空间很小。

但如果我们是这样想，就错了。人类学文献中记录的那种非常
141 个人性的特点只是个人的荣耀感，以及每个人都准备好为这种荣耀而战斗。[141] 就像前面提到过的那样，这个特点，在一个由互惠和报复而不是由公共强制机构拢在一起的社会中，起到了一种重要的威慑功能。在这里很吊诡的是，一个高度个体化的人格特征起到的功能就是作为社区制度机构的一个替代。这种人格特征也还阻碍了这些社区制度机构的运作，而这一点恰恰是《伊利亚特》的一个重要主题（由于太看重荣耀，既毁灭了特洛伊，也推迟了希腊的胜利），这标志着荷马忠实记录了从前政治社会向政治社会的转型。

荷马史诗中反映了亲属关系、阶级或等级身份，但这些都没有剥夺英雄们的个体自由和责任。梅内莱厄斯和阿伽门农是亲兄弟，阿喀琉斯的母亲是女神，而赫克托尔的母亲不是女神。尽管这些情况对于《伊利亚特》的故事非常重要，但这些关系都没有产生一种结果早已注定的感觉。阿喀琉斯身上有神的血统，这只是给了一个

144）请看，同上。

理由，他为什么是如此强大的勇士。[45] 但是，在家族中，个体性还是受到了损害。在荷马的世界中，社会的原子不是个体，而是"家族"，是一个集体。但荷马时代的家族也还不是一个真正的集体。它只是家长的一种延伸，是奥德修斯或阿伽门农或其他什么人的延伸。在这两首史诗中，主要人物都是家长，他们的个体性都没有受到损害。

家族内的人际关系的性质是 *philos* 这个词显示出来的。这个词结合了"亲爱"和"自我"的概念：我的臂膀是 *philos*，而我的女 142
儿也是。一个人的家族成员都是这个人存在的组成部分。奥德修斯不忠实的仆人背叛了，为什么让人们感受特别强烈，原因就在这里；帕特洛克勒斯的死了（尽管他不是阿喀琉斯的亲属，而只是他家中的一个成员）为什么会给阿喀琉斯带来如此剧烈的影响，原因也在这里。这也是为什么荷马时代的希腊文中没有"友谊"这样的词的原因。礼物关系是一种很实用的联盟，而家族内的关系（例如，阿喀琉斯和帕特洛克勒斯之间的关系）的强烈程度与家庭关系也很类似，尽管前者实际上没有家庭的联系。

一些现代的类似关系

荷马史诗描述的社会秩序原则与我们自己社会的秩序原则非常不同，但经过了两千多年后，它仍然令我们如此动情，这就表明，

[45] 荷马时代的人要求对每一个观察到的现象都辨认出一个外在的原因，并且通常把原因归结为某些神的行动。因此，如果有人看到一个强健的勇士，他就会推断他的家族谱系中有一位神；或者，如果阿伽门农的行为像傻瓜，这就必定因为有某个神蒙住了他的眼睛。然而，这并不能解脱他的责任，这就像我说"我不知道出了什么鬼"不能成为一个正当化的说法或借口一样。请看，E. R. Dodds, *The Greeks and the Irrational* ch. 1 (1951).

我们社会中也不可能完全没有这些原则。只要反思一下，很明显，也并非完全没有。它们只是被充斥于我们视野的大量公共领域盖过去了。许多社会制度机构都很有融贯性（组织化的宗教、国际贸易、犯罪团伙、家庭、俱乐部、许多交易联合会和股票交易会维系的许多私人仲裁庭），这很少是、有时甚至完全不是公共性强制之威胁带来的。一个重要的例子就是普通的商业合同。这类合同大多数都会得到遵守，尽管违反了也没有法律制裁，只会有一些不明言的威胁，上当的一方以后会拒绝同毁约者进行双方受益的交易。我们的社会中今天也还交换礼物，荣耀感今天也仍然是一种人类的特征。

通过研究荷马刻画的社会中表现得更突出的特点，可以让我们
143 更看清我们现代社会秩序中有这些“前政治的”相应特点。比方说，礼物不等于金钱。经济学家会指出，由于收礼者一定比送礼者更了解自己的需要，因此，用与礼物成本相等的货币作为礼物会强化收礼者的福利，同时也不会给送礼者增加额外的费用。[46] 然而，就像荷马史诗中的礼物交换一样，现代的非金钱的礼物除了有赠送的功能外，还有一种信息传递的功能。它告诉了收礼者一些信息，比方说，送礼者的喜好和价值，而对此的回应又会告知送礼者某些有关收礼者的偏好和价值的信息。

研究荷马史诗中的社会所揭示的还不只是与政治社会的制度和价值不同的另一套制度和价值，它还揭示了这些制度和价值之间的系统性联系。好客、互惠、荣耀、礼物以及复仇相互支持，产生了作用，它创造了一个相互联系密切的社区。在一些现代场景中也可能发现一系列与之相似的特征和惯例，只要这些现代场景像一般的荷马社会那样，就可以发现社会秩序的基础不是国家的强制性权

〔46〕 对赠礼者来说，费用实际上更低；因为他会节省下选择和购买这一礼物所耗费的时间。

力。例如，我猜想，当由于费用或其他原因而对违约的法定制裁不起作用时，在贸易中，商人们就会对“太精明”的指控极度敏感，因为声誉是保证订约各方忠实履行契约的惟一保证。在这样一些交易行当中，商业的荣耀感会非常发达，但在那些商人会更多寻求法院来保护自己不受精明的交易伤害的行当中，这种荣耀感就会少一些。

国家的理论

本章的分析至少可以对哲学和人类学上的一个老问题，即国家的起源问题，带来几缕淡淡的阳光。从霍布斯到诺日克，一些政治哲学家都在寻求为国家（至少是，最低限的、“守夜人”的国家）正当化，认为国家是解决内部安全问题的一个方案。[47] 但要清楚，在正当化与解说之间有一个差别。你可以正当化国家，比方说想像它的形成是一个社会契约的产物，或者你可以解说它就是这样一个社会契约的实际产物。前者是诺日克的进路，而后者是霍布斯的进路。[48] 但是无论是哪种观点，国家是解决内部安全问题的办法，这种说法都意味着，世界上没有更好的解决办法了。本章应当让读者心存疑问，在解决如何保持社会内部的秩序的问题上，国家是否总是惟一可能的解决办法。习惯、礼物交换、荣耀、亲属关系以及其他见于荷马史诗中的前政治制度机构，就为国家提供了一个替代性的秩序体系。很可能，这些制度机构在现代条件下不会运转良好

144

〔47〕 请看，Thomas Hobbes, *Leviathan* 202, 223 – 228 (C. B. MacPherson ed. 1968); John Locke, *The Second Treatise on Government* 70 – 73 (Thomas P. Peardon ed. 1952); Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* 15 – 17 (1974).

〔48〕 请看，Hobbes，前注〔47〕，页 189 – 192；Nozick，前注〔47〕，页 5 – 6。

(关于这一点的理由将在本书第7和第8章中探讨)。但是任何严格的国家理论都一定要解说为什么它们在今天不会运转良好。

人类学家和古代历史家还没有犯这样的错误,即认为国家起源于对公共秩序的追求。目前人类学历史学对国家起源问题的思考中,占主导地位的有两种理论。一是强调国家在协调大规模经济项目(例如灌溉)中的作用。这就是国家的"水利学"理论。[49] 另一种则强调征服和抵抗征服之图谋是推动国家形成的因素。[50] 本章的分析支持了后一种理论。荷马史诗并没有显示,大规模的公共项目就要求有政府的监督,但它们确实展示了这样一个问题,即如何组织起来,对一个有城墙防御庇护的不公者实施报复。还有一种国家的实证理论,也应当提一下,这就是剥削的理论。如果一个社
145 会中,财富分配不平等,富裕的个体就会有动力雇佣家臣,国家也许最终就从这样的武装起来的队伍中浮现出来了。因此,要保持一个没有国家的社会,也许要求财富平均分配。我将在下一章考察这个问题。

(49) 请看,Karl Wittfogel, *Oriental Despotism* 49 (1957)。

(50) 请看,Franz Oppenheimer, *The State* 15 (1914)。

▼
▼
▼

第六章

初民社会的一种理论

在这一章，我将论辩初民社会的许多独特制度，包括礼赠以及互惠交换、多配偶制和聘礼、亲属群体大小以及赋予诸如慷慨这样一些特定人格特点的价值。最好的解释是，这些制度都是对不确定性的调适。[1] 然而，初民生活的其他许多重要方面，包括战争、 146

[1] 我这一理论的先导见于克利福特·吉尔兹、加里·贝克尔以及其他人的著作，有关他们的理论以及经济学概念对初民社会的可适用性问题，一般性的讨论（在经济人类学中是"形式主义者"和"实质主义者"的论辩），请看，Richard A. Posner, "A Theory of Primitive Society, with Special Reference to Law," 23 *Journal of Law and Economics* 1, 4 (1980)。新近，有一篇很有意思的文章延伸了我对初民社会的分析，见，Reuven Renner, "A Theory of Development, or Markets and Human Capital in Primitive Societies" (New York University, Department of Economics, Jan. 1980)。

尽管本文以及"初民法律的经济学理论"一文中的分析都限定在"初民的"社会（初民社会的定义见本书第5章的注[1]），但这里的许多分析在某种程度上也适用于更为先进的社会，例如"农民"社会（请比较，James C. Scott, *The Moral Economy of the Peasant* (1976)，该书讨论了农民社会中的"饥饿保险"的意义；麦克劳斯基（McCloskey）关于中世纪文献中的空地（open field）的著作，见后面的注[128]；Samuel L. Popkin, The Rational Peasant (1979)，此书是把经济学模型运用于农民行为和制度的范围相当广泛的新近的一个努力；Douglass C. North & Robert Paul Thomas, *The Rise of the Western World: A New Economic History* (1973)；以及本书第8章中谈及的公元前5世纪至公元前4世纪的法律强制执行）。

宗教和奴隶制，本文都省略了，或者只是一笔带过。[2]

信息费用

初民们不很懂得自然的规律（在初始民族中，信仰魔法和巫术几乎是普遍的现象），他们没有文字系统，因此也就没有历史记
147 载，[3] 他们还缺乏现代的交流技术；所有这些事实都表明——而这个社会所缺乏的一切也都隐含了——在初民社会中，获得信息的费用要比在先进社会中要高很多。更准确地说是，为了获取同样数量的信息，初民社会必须投入更多的时间或其他资源。就那些初民世界不知道的、与许多科学和技术原则有关的信息而言，情况尤为如此。但是，获得其他信息的情况也是如此。例如，契约一方履行契约的概率大小（在那里，没有法院强制契约履行），或者，销售中实际提交的货物数量是否符合当初协定的数量（初民社会的市场没有秤）；又如死亡的原因（那里没有警察或验尸人员，以及不可能直接否弃巫术致人死亡的可能性）；以及一个农业劳动力工作的边际产品有多大等问题。

应当肯定，在现代生活中，也有一些无知的来源，甚至比初民生活还要突出。来源之一就是知识的专门化。在20世纪，专门化已经发展到这一步，在很大的人类知识领域中，我们每个人都是傻瓜。还有一个来源就是，在城市化社会中生活和工作的各种条件。在这样一个社会中，匿名性、非个人性和私隐性使我们对邻居、同

[2] 本书第5章讨论了战争，第8章讨论了宗教。这些讨论都很零碎，至今尚无人提出一个足够充分的、无论是战争还是宗教的理论。

[3] 就像大多数有关初民社会的概括一样，这一概括并不普遍成立，某些初民社会已经发展了真正的记录保存体系，但并不涉及文字。请看，A. S. Diamond, *Primitive Law Past and Present* 203 (1971)。

事甚至朋友和家庭成员的了解都要比初民社会中的我们更少。然而，无论是哪一种来源造成了无知，如今的无知反映的都不是信息费用太高，实际上，反倒是信息费用过低的结果。信息费用过低使知识可以发展到这样的地步，即专业化变得更有效率了，无须持续监视总人口也可以保持社会的有序。

这与监视有关的第二点需要加些说明　不论初民生活的地域与人口的比率是多少（常常非常高），他们的生活环境一般都很拥挤；在那里，他们没有私隐的前提条件，没有单独的房间，也没有门，他们没有独处或隐姓埋名的机会，在职业或消遣上，也缺乏相当程度的流动性。[4] 缺乏私隐，这一点对初民的价值体系和制度都有 148
不少潜在的含义。它有助于解释，为什么初民社会的犯罪率明显比较低，尽管它既没有正式的调查机构（无论是公共的还是私人的），也没有严厉的刑罚来补偿正式调查机构之缺乏　然而，这个关于犯罪的例子表明，初民社会中私隐之所以缺乏，这本身或许就是对社会的一种调适，它回应了社会因缺乏公共或私人调查机构或缺乏任何传媒形式而带来的高昂信息费用。为了减少信息费用，一种办法就是创造这样一种生活环境，在那里，每个人都了解其他每个人的每件事。初民社会之所以否认私隐，其作用就是要征集所有的人来通风报信和充当保安。[5]

然而，尽管一方面否弃私隐增加了信息的生产，但它又在另一

---

〔4〕 有关的证据，请看后面本书第9章的注〔16〕和注〔31〕以及第10章的注〔17〕。

〔5〕 马歇尔·萨林斯（Marshall Sahlins，*Stone Age Economics*，204〔1972〕）评论说"初民生活的公开化"是为了维系公共秩序的一种机制　唐纳德·W·鲍尔（Donald W. Ball，"Privacy，Publicity，Deviance and Control，" 18 *Pacific Social Review* 259〔1975〕）总结了一定数量的跨文化研究，并发现，一个社会中的私隐与惩罚严厉程度之间以及私隐与法律强制执行机构之间存在着负相关，尽管对这些发现，他的解释与原文本中的寓意不同。又请看本书第7章中讨论的关于"耻"文化与"罪"文化的对立。

方面减少了信息的生产；而这也许有助于解释，为什么初民社会的知识积累以及因此而来的经济发展如此缓慢。就像我在本书第三编中会更详细地讨论的那样，无论是创造持久有效的精神活动所必须的和平和安宁，还是让人们能掩藏自己的思想从而能获得自己发明创造的收益，都必须有某种程度的私隐。在既不存在正式的、诸如专利法创造的知识产权又不存在公共补贴的情况下，开发新生产技术并获得收益的惟一办法就只能是掩藏知识。即使是在我们社会，界定和实施知识产权的费用也还很高，因此商业秘密一直都是获得创新收益的一种重要方法；据此，可以假定，在初民社会中，这些
149 费用甚至会更高。[6] 在初民社会，也不可能有对发明者的公共补贴，因为公共财政太少，而这一因素本身又可以追溯到这些社会中的信息费用太高。这样一来，剩下的就只有秘密，因为缺乏私隐也很难获得秘密。

必须特别提到因没有文字体系而带来的信息费用。人不识字，他也还可能有复杂的精神活动，包括对个性进行精细分析，以及把不吉利的迹象都记得清清楚楚。创作以及最初演出荷马史诗的诸多情况就例证了这两点。但是，一般说来，不识字就不可能有便于生产和统治的大规模组织。官僚就是与保留档案记录紧密联系的。B类线形文字板上记载的古希腊迈锡尼宫廷国，以及更早期的埃及和苏美尔王国，都是如此；现代国家也是如此。[7] 在还没有文字出

---

[6] 应当明确，有人发现了对一支歌、一种咒语、一顶盔或一个名字也拥有产权，请看，例如，Diamond，前注〔3〕，页188；Harold T. Driver, Indians of North America 269, 285 (2d rev. ed. 1969)；但是，至今为止，据我所知，还不涉及对生产性思想或发明的产权。

[7] 人们已经注意到了文字与治理之间的联系，请看，Diamond，前注〔3〕，页39；Jack Goody, "Introduction," *in Literacy in Traditional Societies* 1, 2 (Jack Goody ed. 1968)；Jack Goody & Ian Watt, "The Consequences of Literacy," 同上，页27、36；Maurice Bloch, "Astrology and Writing in Madagascar," 同上，页277、286。

现的民族中，政府一般都很弱，[8] 有时根本就没有政府，[9] 而没有有效的政府（我把这一点暂时归因于没有文字），[10] 我们会看到，对初民社会制度的结构有深远的影响。

初民社会的一个模型

几个假定

我将提出一个简单的关于初民社会的模型，尽管这个模型是从信息费用很高这样一个假定中推演出来的，却同样可以认为它是从 150
有关初民社会的描述性人类学文献（但与任何这些社会中的信息条件的支撑性前提无关）中归纳出来的一个概括，并这样来为之辩护。

这个模型的目的并不是要否认初民社会的多样性和复杂性，也不想对某个具体的社会作现实描述，而是要解说像弱政府、依据家

[8] 一个例外——当然也就证明了通例——是 18 世纪非洲的阿散蒂（Ashanti，原书写作 *Ashani*，当为拼写之误——译者注）王国，它开发了一种记录保持的体系，尽管并无文字。请看 Melville J. Herskovits, *Economic Anthropology* 420 (2d rev. ed. 1952).

[9] 除了本书第5章外，请看，Driver，前注[6]，第17章；Herskovits，前注[8]，页399－405，416－438；Lucy Mair, *Primitive Government* (1962)；Max Gluckman, *Politics, Law and Ritual in Tribal Society* (1965)；*African Political Systems* (M. Fortes & E. E. Evans-Pritchard eds. 1940). 莫佩拉（L. Schapera, *Government and Politics in Tribal Societies*, 1956）论辩说，先前的著述者都夸大了至少是非洲部落社会中初民治理的孱弱，但是在他给出的有关这些社会中的例子中治理也还是非常的弱。请看，同上，页38，85，88。

[10] 然而，这种因果关系也可以反过来。初民社会之所以缺少大规模的机构，是因为它们是没有文字的社会。但是，缺乏这样的机构，它们也就不需要那种必须要有文字的记录保存，就其他交流需求而言，即使要求极其精细的交流，就像荷马史诗证明的，一种非书写的语言也许就足够了。

庭成员来分配权利和义务以及礼赠是交换的基本模式这样一些制度特点为什么在初民社会以及古代社会中远比在现代社会中更为频繁。"我完全清楚，事实上，对初民社会的任何概括，如果参照另一个或更多这样的初民社会，都可能会有矛盾。但是如果你将初民社会和早期社会视为一个整体，并把它们同现代社会作个比较，你就会发现重复的制度差异，而我寻求以我的模型加以解释的正是这些差异。

人类学家也许还会进一步拒绝这种努力，理由是，我的分析范
151 畴是从近代经济学理论中抽象出来的，因此有种族偏见，并且对初民有关其活动和制度的思考方式很粗暴。但是，对用经济学来研究现代社会，人们同样可以提出这样的反对意见。消费者和商人并不用经济学家使用的术语来描述自己的活动，在这方面他们和原始人是一样的。经济学的解释力是独立于经济活动者的清醒意识的。

这一模型的具体假定有以下几点：

1. 初民社会没有（有效的）政府。这一假定夸大了初民生活的无政府状态，但对大多数初民社会来说，例如在"荷马版的最低

---

〔11〕 关于古代社会，对社会制度最佳的一般性叙述仍然是亨利·梅恩的《古代法》(1861)，尽管人们已不再接受其中的有些结论。考虑到现代人类学的发现、对梅恩在当今之地位的考察，请看，Robert Redfield, "Maine's *Ancient Law* in the Light of Primitive Societies," 3 *Western Political Quarterly* 574 (1950)，特别是页 585 – 587。M. I. Finley, *The World of Odysseus* (2d rev. ed. 1978)，此书非常出色地讨论了荷马史诗中描述的社会。关于北欧传说的讨论，请看戴维·弗里德曼的文章中（David Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law: A Historical Case," 8 *Journal of Legal Studies* 399 (1979 年)）引证的资料。现代的社会人类学文献当然很多。这类文献中的一些例子有，Driver，前注〔6〕，讨论了北美印地安人社会；Herskovits，前注〔8〕；Robert H. Lowie, *Primitive Society* (2d ed. 1947)；Lucy Mair, African Societies (1974)；Carleton S. Coon, The Hunting Peoples (1971)。还有无数可读性非常高的对具体社会的研究，例如，E. E. Evans – Pritchard, *The Nuer: A Description of the Modes of Livelihood and Political Institutions of a Nilotic People* (1940)；Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society* (1926)；以及 Leopold Pospisil, *Kapauku Papuans and Their Law* (1958)。

限国家”一文中讨论的荷马时期的社会，这并不重要。也许那里有个首领，在战争时期他是领袖，但在和平时期不起作用；那里也有一些长者，他们时不时地也行使某些权威；但是，一般说来，那里没有法院，没有立法机关，没有警察、检察官和征税人员，也没有其他我们熟悉的公务官员。在这一抽象层面，没有政府和有很小政府之间的差异太小，乃至无关紧要。就像在前面提到的，我把没有政府归因于没有文字，尽管不能排除另一种可能性，那就是，这里的因果关系是相反的。

2．初民社会的技术知识状况是，它只能生产种类有限的消费品，而这里的种类既指独立物品的数量，也指某种单一物品的质量变化。应当承认，由于缺乏标准化，可能会导致随机的变化，并且这里的种类在某种程度上只是从观察者眼里看到的种类。

3．初民社会生产的物品只在一种有限的基础上假定用来同其他社会生产的物品进行交换。无限制的贸易会导致无限制的物品种类。但是，运输的成本，加上由于语言的差异，通货的缺乏，再加上缺乏强制执行契约的机制，因此，一般说来，对外贸易只是初民社会经济的一小部分。

4．初民社会生产的消费品都假定为是非耐用品，一旦生产出来，就要尽快消费掉，当然这又是一种夸大。但是，食品保存是当 152
时的一个严重问题，并且食品是这类社会的最重要的产品。[12]

为了使初民社会不采用更具生产力的技术，还必须有第五个假

---

〔12〕 Sahlins（前注〔5〕，页 11－12，31－32）解释了某个狩猎经济体中物品种类缺乏与存储难之间的相互关系。狩猎群体必须在更大区域范围内流动，以寻求捕猎、占有物品，包括咸肉，都会妨碍他们的流动性。因此，有人观察到，狩猎社会的成员没有多少物品，而且并不腌制肉类。类似情况是，在初民耕作社会中，其成员把大多数精力都注入了作物生产，并且这些作物不能储存，并且也没有转化成可储存的食物产品，放牧社会会生产更多的耐用消费品；他们的制度有某些不同，并且这种差异是在此模型预测的方向上发生的。

定：

5. 创新所得到的个人收益，即从费用（包括运输）减少或生产物品种类增加所得到的个人收益，都假定为可以忽略不计，无论是因为这种收益不能实际占有（即私隐问题）或者是由于其他一些外因。

保险原则及其实施制度和价值

上面勾勒的这一模型隐含了强烈的、但名字有点不对头的"再分配"伦理。无数关于初民社会的研究都已经注意到了这一点。[13] 人们可以预想，保险，特别是为防止饥荒的保险会是初民社会的一种非常重要的产品。那里的生产条件，特别是存储食品的困难，给许多问题都带来了相当程度的不确定性：某个人的未来食品供应是否充足，因此也给他的财富带来了相当程度的差异。[14] 在这种情况下，产出超出了自己消费需求的甲方把自己的部分剩余产品给予乙方，换取乙方的承诺：在他们的角色反转时，乙方给予回报。这样的交易对双方都很有吸引力。由于假定了食物不可储存，因此甲方没有自我保险的可能。

由于下面的一个假定，这种保险对甲方的吸引力进一步强化了，这个假定是可用来同他的剩余食物进行交换的替代性物品很稀

153

〔13〕"再分配"这一术语，当一般地用于经济学和伦理学论述中，它隐含的是这样一种努力，即通过国家来造成比自由市场可能带来的更多的（有时也是更少）事后经济平等。人类学家一般都假定，大致在这个意义上，初民社会是再分配型的（也就是，希望事后将财富平等化，超出市场可能造成的或在财富最大化意义上的有效率的现状），但是人类学家趋向于用"再分配"这个词来指由首领对一个部落的农业剩余产品的分配。

〔14〕关于初民生活的不稳定，请看，Manning Nash, *Primitive and Peasant Economic Systems* 22 (1960); M. Fortes, "The Political System of the Tallensi of the Northern Territories of the Gold Coast," in *African Political Systems*, 前注〔9〕，页239、249。

缺：甲方在其他情况下可能会受到很大诱惑，会用他的食品剩余来交换其他消费品，但这时他会更愿意用食品剩余来购买饥荒保险。应当明确，他也许能够用自己额外的食物来交换生产物品或资本物品，其中最重要的是妇女。但由于有亲属责任，因此，妇女就像孩子一样，都是另一类的“作物保险”。并且，除了其他经济上的原因限制了多配偶制外（即使是在允许多配偶的社会中——例如，大多数初民社会都允许——也还是如此），像妇女这样的非常耐用和有价值的物品要比收获的或猎取的物品（这些物品都很有限并且容易消失）更有价值，很难积累出购买的价格。因此，人们可以预想，假定其他因素都等同，多配偶制在游牧社会中要比其他初民社会更为常见，因为游牧社会会有耐用品来交换妇女。[15]

简而言之，如果不假定初民们比现代人更怕风险或比现代人更少个体化，你就无法以很经济的方式来解释，保险作为原始社会中 154
需求和提供的一种产品的重要性。事实上，初始民族也许会比现代人更少回避风险，但是他们仍然欲求更多的保险，这既是由于他们更多处在有风险的环境里，而且也由于缺乏替代的物品。但是，我们也还必须考虑到提供保险的制度方式。这个模型的第一个假设——没有政府——排除了下面这种可能性，即政府会以税收的方式收缴剩余食物，然后再分配给需求者。此外，由于没有有效的政府，再加上初民社会中的信息支撑条件（这有可能阻碍正式市场的

---

〔15〕某些与这一预测相关的证据可见于，Frederic L. Pryor, *The Origins of the Economy: A Comparative Study of Distribution in Primitive and Peasant Economies* (1977)。他取样的社会（不是我所说的初民社会）中忽略了这一点。他把这些社会分类为“经济导向的”和“政治导向的”，然后比较了多妻制的影响范围：在牲畜饲养生少产出 10% 的全部食品的社会中，其中有 13 个社会普遍有多妻制、不普遍的 7 个；在那些牲畜饲养产出不足其 10% 的全部食品的社会中，其中有 9 个社会普遍有多妻制、不普遍的则有 11 个（根据普赖尔的资料计算，前注，页 328，变量 5；页 333－334，变量 59，61，69；页 336－339）。

出现），都会阻碍正式的私人保险市场的出现（在这个市场上，如果必要，可以用食物交换一个可强制实施的给予回报的承诺）。这里没有国家强制执行承诺。应当明确，即使是没有正式的制裁，大多数承诺也还是会信守，因为承诺者希望被承诺者未来还会同自己打交道。但是，也不是所有的承诺都会得到信守：一个老人，如果他不大可能活的很长久，那么他作出分享自己剩余食物的承诺，也许会食言，乃至他会因此受到“惩罚”——其他人都拒绝向他出售未来的饥荒保险。[16]

然而，政府的社会保险和正式市场保险并不是这一制度的全部可能。例如，如果人们把自己与他人分享物品都限定在一个群体中，或者至少是集中在一个群体内，而且该群体的成员相互了解并继续互动，并且他们又有广泛相似的能力、倾向、性格和前景，那么，就可以强化食物互惠作为一种激励与他人分享剩余的机制的有效性。家庭就是最能满足这些要求的、一个令人满意的、非正式的“相互保险公司”制度。然而，就我们所知而言，家庭还是太小了，
155 还不能为保险目的创造一个足够大的风险储备。为什么初民社会会倾注如此多的语言、法律和信息资源来勾勒亲属群体，这些群体要比现代家庭或在这方面也要比初民家庭大得多，也许这就是其中的

[16] 据报导，在一个初民社会中，年轻人不情愿与老人分享他们的食品，因为这个老人不大可能在未来予以回报。请看，Allan C. Holmberg, *Nomads of the Long Bow* 151–153 (1969).

自我强制实施的协定有什么局限呢？请看 L. G. 特尔色的一篇很有意思的论文，L. G. Telser, “A Theory of Self-Enforcing Agreements,” 53 *Journal of Business* 27 (1980).

原因之一。[17] 初民非常关注细致界定和确定亲属，基础并不是对家谱的好奇心多得过剩，而是因为这样一个事实，即在初民社会中，必须养育非常近的亲属（有时只是我们的未成年的孩子）这样一种我们现代人的法律和道德责任会延伸到一个人所在的亲属群体的所有成员。我把这一点归因于初民社会没有替代的保险机制。

到此为止，我所确立的论点只是为什么人们会把他们的保险安排都限定于亲属，而不是为什么应当要求他们同亲属作出这种安排。新近的信息经济学著作提示了这个问题的答案。如果我们假定，有些人对自己的预期寿命比保险公司了解得更清楚，那么就会有这样一种趋向，即这些人会冒风险退出这个保险储备，因为他们不希望按照比自己更低的平均预期寿命来支付保险费；保险储备会随之减少，并可以想像，一直减少到完全没有的程度。[18] 解决这 156
个问题的一个办法就是雇员生命保险，在这里，保险是作为就业条件之一提供的，并且没有谁能在不放弃工作的前提下从这个保险储

---

〔17〕 初始民族中最为常见的亲属体系都是父系的，即血统都从男方这一系来追溯。在一个父系体系中，一个男子、他的儿子和他的孙子都属于同一个血统群体，而他的外孙将成为他女婿的那个血统群体。但是，亲属纽带经常跨越不同血统群体的界限。例如，一个结了婚的女子也许仍然是她父亲血缘群体的成员，有资格请求她父亲的帮助，尽管她生活在另一个血缘群体中。然而，这里的关键在于初民的亲属群体都比现代的或初民的人家（household）要大，并且当亲属关系纽带交叉时，血缘群体也许会获得某种程度的地域多样性。亲属关系群体的这些特点被认为是同它的保险功能相联系的，例如，作为亲属间固定的和必须履行的责任，作子无须得到许可就有权从叔叔（或伯伯，——译者）那里牵走一头母牛，更不用说支付了。请看，例如，I. Schapera, *A Handbook of Tswana Law and Custom* 219 – 221 (1938)。关于初民社会中亲属关系之界定和结构之复杂，有一些出色的介绍，请看，A. R. Radcliffe – Brown, "Introduction," in *African Systems of Kinship and Marriage*, 前注〔11〕，页 1；Robin Fox, *Kinship and Marriage: An Anthropological Perspective* (1967)。

〔18〕 请看，George A. Akerlof, "The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism," 84 *Quarterly Journal of Economics* 488 (1970)。

备中撤出去。[19] 一个类似的问题和解决办法也见于初民社会。如果一个人比其他人更了解自己某天有多大可能需要从某个亲属那里获得食物，风险更小的人就会趋向于把自己从这个保险体系中摘出来，如果习惯的保险费（例如，他活着的时候，侄子可以向叔叔要一头牛）可能通过交涉来改变，在交涉中，双方将就他们与预测平均值的各方面差异都进行交流，那么这个问题就会消失。但是如果这种替代办法由于信息费用太高而假定不可行，那么，我们有理由预期在这个亲属群体中，分享食物就会成为一种强制性责任。[20]

假定在亲属群体里承认这种分享食物的责任，那么又是什么因素决定了这一亲属群体的大小呢？一方面，这个群体越大，个体成员生产食物的谐变量就越小，因此提供的保险也就更多。至关重要的是，这一亲属群体一定要比家户更大，因为家户内的谐变量有可能非常高；此外，如果这一亲属群体在地理上分布得越广，这种谐变量也就越低。而另一方面，亲属群体越小，地理分布越集中，"败德"问题也就越不严重（所谓败德就是，一个人会有不工作但赖上亲属的诱惑）。[21] 可以推测，依据具体社会的情况不同，亲属群体在大小上会有某些最佳，在分布上也会有某些最佳。可以推
157 测，所谓的最佳群体越大，该社会就越初始，即消费品的种类和存储的可能性也越少，富裕者能给予的、供穷亲属分享的生产剩余部分就越少，并因此必须分享食物对他的反激励影响也就越小。事实上，如果他不能控制自己生产的剩余食物的精确数量（这看起来是

---

[19] 请看，Yoram Barzel, "Some Fallacies in the Interpretation of Information Costs," 20 *Journal of Law and Economics* 291, 303 (1977)

[20] 应当明确，这留下了这样一种可能性，即最佳风险是简单地放弃他的亲属成员资格。但要采取这一步，成本极高，因为这就丧失了下一章讨论的亲属关系群体具有的保护功能。

[21] 参见，S. F. Nadel, "Dual Descent in the Nuba Hills," in *African Systems of Kinship and Marriage*，前注[1]，页333，358。

成立的），那么这种激励的影响对他来说也许会非常小。并且，假定食物无法存储，并且收获又不确定，那么如果穷亲属因设想可以分享富亲戚的收获而放松自己的生产努力，他的做法就太鲁莽了。[22]

在没有正式保险合同或其他公共替代的初民社会中，与亲属分享食物的责任并不是为其成员提供饥荒保险的惟一设置。对村里人或对帮中人以及对亲属慷慨施舍，这个特点在初民社会比在现代社会获得更高的珍视，而理由似乎是，它替代了正式的保险。[23]在初民社会中，一个人乐善好施，而不是死死守住自己的财产，会获得声望，人们一直认为这一事实是这种社会不适用经济模型的证据。（西北印地安人有炫耀财富的冬宴，这是以看上去非常过分的规模分发自己财产来"购买"声望的最戏剧化的惟一例子。）[24]但是，当消费品在种类和存留时间上都很有限的情况下，分发个人的剩余物品（我用它只是指生产和正常消费的差数）也许是最有用的处理办法，至少从社会的立场上看，是如此。很不奇怪，这种做法会赢得我们今天给予重大投资商、科学家、工业领袖或表演家的那

---

〔22〕有多大的群体内分享收入最佳，这个问题在另一种语境中的讨论，请看，John Umbeck, "A Theory of Contract Choice and the California Gold Rush," 20 *Journal of Law and Economics* 421 (1977).

〔23〕请比较，E. E. Evans-Pritchard，前注〔11〕，页85："在一个每人都可能发现自己不时会处于困境的社会中，这种分享食物以及类似物品的习惯就很容易理解，因为并不是因为东西多，而是因为东西少，才使人们更慷慨一些，因为每个人都因此得到了饥饿保险。一个需要帮助的人今天接受的帮助就来自另一位明天可能需要类似帮助的人。"

〔24〕请看，Stuart Piddocke, "The Potlatch System of the Southern Kwakiutl: A New Perspective," in *Economic Anthropology: Readings in Theory and Analysis* 283 (Edward E. LeClair, Jr. & Harold K. Schneider eds. 1968)（分享剩余还具有传达信息和政治的目标，而在那些有存储食物技术能力的初民社会中，这些目标也许会干扰剩余的存储，并因此干扰了有关饥饿保险的规定一例子，请看，S. F. Nadel, *The Nuba: An Anthropological Study of the Hill Tribes of Kordofan* 49-50 (1947).

种声望。[25]

如果说声望是鼓励慷慨好施的甜头的话，那么也有激励乐善好施的苦头，一个极端的证明就是爱斯基摩人有时会采取杀死吝啬的
158 富人。[26] 在我们社会中，这样的行为会很短见；如同我们在本书第3章会看到的，一个产出多的个人，无论他多自私，都会生产出消费剩余，可供他人利用。但是消费剩余反映的是劳动分工、专业化以及由此带来的产品交换的好处，在初民社会则大多没有这些特点。在那些最简单的社会中，例如爱斯基摩人的社会中，交换的主要物品是保险，而富人拒绝与他人分享自己的剩余也就是拒绝从事这种交换。他实际上对该社会其他人几乎没有用，或确实没有用，因此杀了他，也就不像在发达社会可能出现的那样，会给其他人增加费用。

也许，这一保险的视角还有助于解释，为什么某些初民社会不允许有息放贷。在初民社会，“借贷”常常与现代社会中支付保险的权利（claim）相对应；它是被保险者实现自己的合同任务，而允许收利息就会改变这种交易的性质。与此相关的一个习惯是，如果

---

[25] 在初民社会中，就像在现代社会中一样，声望是与社会生产能力相联系的；这一事实是赫斯考维茨（Herskovits，前注[8]，页121）引证的一段文字提出来的，他用这段文字来说明他的论点，“在其他群体中，可以看到这种对声望的追求提供了一个如此强大的劳动动机”，而在游牧社会中，“对声望的追求最低”。引文是这样的：“当对食物的自按需求已得到满足，一个人就既不会因什么事都不干而受到很多批评，也不会因为占了一所较好的房子或一个较大的园子而受到表扬，因为在下一次行动中就可能放弃这两者。”但在这些情况下，建筑一所更好的房子或一个更大的园子并不具有建设性。如果人们保存他们的精力（并因此节省了食物需求），而不是从事那些不能收获果实的投资，社会可能会更好一些。

[26] 请看，E. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics* 81 (1964)。在爱斯基摩文化中，几乎不看重什么亲属关系，也许这是因为环境强迫他们生活在一些非常小的、非常分散的、相互间几乎没有常规接触的帮伙中。请看，同上，页68。在这个帮伙中，相当看重对无关系个体的慷慨，这是对亲属保险的一种替代。

有人要借钱，另一人就必须借给他。[27] 这种非自愿借贷是前面注意到的那种慷慨义务的另一维度。由于在我的模型中，一个人的剩余被假定对他自己相对说来没有什么价值（因为有存储难的问题，并且也缺乏可用来交换剩余的物品），这也就稀释了富人在必须出借时会感到的那种常见的反感。

在非洲部落社会中非常突出的一个特点就是在出借牲畜时会特地宣告这种借贷的保险作用。这种借贷的主要目的并不是获得利息，而是为了在地域上把某人的牲畜分散开来，以便减少由于疾病造成灾难性损失的风险。[28] 159

一笔无息借贷与一件礼物很相似，特别是（因为这很常见）如果该社会对违约没有规定救济的话。[29] 然而，初民社会承认这种返还借贷的义务，并以各种方式来强制实施。类似的情况是，在初民社会中，礼赠明确是互惠的：一个人有一种强烈道德义务，要以

---

〔27〕 请看，R. F. Barton, *The Kalingas: Their Institutions and Custom Law* 132 (1949); Herskovits, 前注〔8〕，页 373。

〔28〕 请看，例如，E. H. Winter, "Livestock Markets among the Iraqw of Northern Tanganyika," in *Markets in Africa* 457, 461 (Paul Bohannan & George Dalton eds. 1962); Elisabeth Colson, "Trade and Wealth among the Tonga," 集于，同上，页 601，607; Nash, 前注〔14〕，页 50－51。这与麦克劳斯基以类似术语讨论的中世纪英国农业的"空地"政策有明显的相似。请看 Donald N. McCloskey, "English Open Fields as Behavior towards Risk," 1 *European Peasants and Their Markets* 73 (William N. Parker & Eric L. Jones eds. 1975)。麦克劳斯基评论了在某些初民社会中的空地政策。请看，同上，页 114。他还注意到家庭作为一种保险制度的可能性。请看，同上，页 117。

〔29〕 没有这种救济似乎解释了为什么，在允许收利息的地方，利息率常常非常高，就是因为违约的概率很高。请看，Herskovits, 前注〔8〕，页 228。

价值大致相等的礼物来回报一项礼赠。[30] 在这种情况下，“礼赠”这个术语可谓用词不当。礼赠、无息借贷（有时还是非自愿的）、宴会、慷慨乐施以及其他初民社会的“再分配”机制都不是利他主义的结果；至少，要想解释这些机制，都不必须有利他主义的假定。[31] 这些机制都是保险的支付。[32] 互惠原则则要求一个人在其
160 可能时回报一项借贷或一件礼物，或者在其可能时宴请礼赠者。这一原则可以提供某种保护，防止搭便车或防止败德问题，否则的话，在初民社会这样一个范围如此广泛又如此非正式的保险体系中就会出现这些问题。

有时，有人论辩说，不论初民社会中的礼物交换有多么互惠，这种交换都不可能是一种贸易，因为很经常，交换的都是同样的物品，也因为对何时互惠期满没有时间上的限制。但是，这两点只是显示了，礼物交换与因劳动分工以及因此而来的专业化而在更复杂社会中出现的贸易并不属于一类。礼物交换的目的是要在一段时间里拉平消费，而不是要充分利用劳动分工。并且，如果礼物交换是

---

〔30〕 关于初民社会和古代社会中之礼赠的文献很多。有关的例子，请看 Finley，前注〔11〕，页 62；Herskovitz（原文如此——译者），前注〔8〕，第 8 章；Bronislaw Malinowski, “Tribal Economics in the Trobriands,” in *Tribal and Peasant Economies: Readings in Economic Anthropology* 185 (George Dalton ed. 1967)；Marcel Mauss, *The Gift: Forms and Functions of Exchange in Archaic Societies* (Ian Cunnison trans. 1954)；V. A. Riasanovsky, *Customary Law of the Nomadic Tribes of Siberia* 144–145 (1938)；Sahlins，前注〔5〕，第 5 章又请看本书第 5 章。

〔31〕 这种宴会不仅是一种为许多人提供食物的手段；它还是一种“强制性储蓄”形式，举办宴会者必须积累食物，以便发放食物。当然，这个宴会也许会过早地瓜分完积累下来的食物。请看前注〔24〕。

〔32〕 Cyril S. Belshaw, *Traditional Exchange and Modern Markets* 38 (1965)。该书描写了某个部落的一种做法，很好说明了这一点。甲方给乙方一个乙方不能自由拒绝的礼物，从而造成了一种礼物交换关系。此后，甲方可以在任何时候向乙方索要礼物的回报。这种“随时要求”的回报使甲方有一些防范不确定性的便利。关于借贷问题，参见，S. C. Humphreys, *Anthropology and the Greeks* 152 (1978)。

同时发生的，就会完全摧毁这种交换的目的。[33]

下面这段关于早期中世纪社会礼物交换的文字所论证的另一种论点也不对，它认为区别这种交换和现代商业交易的特点是前者没有“获利的动机”：

> 这种相互交换礼物初看上去像是商业，但其目的和精神完全不同，其目的并不是从交换一方交出与接受的价值差异中产生出物质的和可见的“收益”。毋宁说，它的目的附着于慷慨乐施，附着于一个人对邻人和受赡养者乐善好施的能力和愿望的那种社会声望。这种“收益”的构成是把其他人都置于在道德上欠了他的债的位置上，因为，如果受礼者要想保持自尊，他就必须有一项回赠的礼物，或者用服务作为替代。[34]

161

在这位作者的笔下，似乎典型的现代商业交易都是单向度的：甲方向乙方出售一件物品或服务，明知该物品的价值低于乙方的想像。事实上，典型的交易是双方互利，因为这样一个交易使双方都充分利用了劳动分工。尽管礼赠的基础是渴求保险，而不是充分地利用劳动分工，[35]但它在这种预期前也会退让，即有一次礼赠也会有互惠，这就涉及到与现代商业交易相同的“收益动机”。

---

〔33〕初民社会也有同时发生的礼物交换，但是其作用既不同于保险，也不同于充分利用劳动分工，这在本书第5章以及本文后面都有讨论。

〔34〕Philip Grierson, “Commerce in the Dark Ages: A Critique of the Evidence,” in *Studies in Economic Anthropology* 74, 79 (George Dalton ed. 1971).

〔35〕关于初民社会保险机制的另一个例子是这样：对原则，(1)债永远不作废——没有时效限制，尽管在一个口述社会中，没有时效会更为便利——以及(2)子承父债，即使父亲的债务超过了遗产，也是如此。请看，例如，Barton，前注〔27〕，页126；Max Gluckman, *The Ideas in Barotse Jurisprudence* 105 (1965)；R. S. Rattray, *Ashanti Law and Constitution* 370–371 (1929)。这种说法是，“人死债不烂”。请看 Walter Goldschmidt, *Sebei Law* 62, 188, 204 (1967)。这些原则都增加了这一保险原则的范围。如果你借钱给一个老人或穷人，这钱并不就永远离你而去了；他的后人仍然欠了你的债。但是，债务继承对于这些后人并不是一个沉重的负担。他们只有在有个好生成，可以偿还债务，同时又不使他们的消费降低到常规水平之下时，才有责任偿付这笔债务。

由于我们也许可以把上面的粗略线条勾勒为一个在一个初民社会中用来分配剩余食品的制度网络，这个互惠交换体制看起来非常脆弱，因为在这里，没有法律制裁来保证利益接受的及时或回报的充分。[36] 因此，这个模型还应当增加第六个假定：

6. 人口不流动，即这个村庄、帮伙或部落的成员不能随意加入另一个单位以及遥远的单位。如果没有在很大程度上是互惠的、可强制实施的承诺，流动性就会激励搭便车，人们就不愿分享食物。事实上，在大多数初民社会中，流动性都相当有限，就像这种社会的信息条件会使人们作出的预期那样。在流动性很大的地方，这种互惠交换体系就会趋于瓦解。[37]

162

表 1 与经济发展程度不同相关的分配模式之频率

分配类型	分配模式的相对频率	
	15 个程度最低的社会	15 个程度最高的社会
物品		
市场交换	7	14
分享	13	3
互惠交换	13	3
集中再分配	3	10
劳动		
市场交换	2	14
互惠交换	10	9
集中再分配	0	5
其他		
有九利息	2	9.5

资料来源：普赖尔，前注〔15〕，页 309（表 11.1）

〔36〕 有一些试图规避这种互惠交换责任的例子，请看，Sahlins，前注〔5〕，页 125，128～129，以及前注〔16〕

〔37〕 关于这种情况在一个爱斯基摩村庄的证据，请看，Pryor，前注〔15〕，页 91。关于互惠的利他主义，生物学文献也提出过相似的观点。请看，David P. Barash, *Sociology and Behavior* 314 (1977)。事实上，互惠利他主义这个概念同我用来解释初民社会制度的经济学概念"自利但互惠的交易"很难区分。

表1提出了与上述分析相关的某些量化证据。该表显示，一个初民社会越是不发达，并因此它的经济越是接近我的模型所列举的那些条件，那么它就越有可能通过礼物交换、无息借贷和食物分享来分配物品，而且它也就越少可能依赖市场交换。普赖尔也发现互惠交易在狩猎、捕鱼和农业社会中要比在采集和游牧社会中更为重要，这与我的模型的精神也是一致的。他评论说，在头三种社会中，食物供应更不确定；这就证明了对互惠交易原则的需求。[38]

表1标记为"集中再分配"的那一行指的是由像首领或国王这样的公共权威进行的再分配。最不发达社会很少集中再分配，这就 163
是这些社会中政府很孱弱的迹象。[39]

保险和多配偶制的政治方面

保险趋向于事后把财富再分配平等化，并且有证据表明，这是初民社会保险配置的一个结果。[40]但是财富平等并不仅仅是保险的一个副产品；而且它也是保持一个前政府的（pregovernmental）政治均衡的一个前提条件。一个连年都有食品剩余的人，一个富人，自己会主动成为该社会其他成员攻击的目标。他可能会用自己的财富来雇佣家臣，保护自己，以自己的部分剩余来换取他们的忠诚；而该社会的其他成员可能想破坏这些家臣的忠诚，即向他们许诺：如果他们反戈一击，夺取该富人的财产，他们就会从这位富人

〔38〕 请看，Pryor，前注〔15〕，页195。有关人类学文献讨论初民社会互惠交易的保险功能的参考文献，请看，Posner，前注〔1〕，页18－19的注〔1〕。

〔39〕 普赖尔的样本包括了农民社会和初民社会，在第二栏中突出的市场交易和公共再分配显示了这一栏是在把初民社会（第一栏）同按照我的术语将属于非初民的社会（第二栏）进行比较。

〔40〕 普赖尔，前注〔15〕，页200－201，发现互惠交换与社会经济平等正相关。又请看，同上，页261，276。

的剩余中得到比现在还要多的份额。在由此导致的斗争中，会导致这样的结果出现，即出现这样一个人，无论是富人或是其他什么人，他可以镇慑社会中的其他个人和家庭，简而言之，也就是能建立一个由自己担任首领的国家。因此，在考察一个只有很少或者根本没有政府但有数量有限的消费品（并因此是一种用任何剩余来雇佣恶棍和亲信的激励）的社会时，也许要假定这里有一些制度限制了那些更有能耐或更有精力的人用自己的剩余食物来达到政治目的。初民社会的保险制度趋向于瓜分剩余，以此来造就这种后果。[41]

164

初民社会中，保险的政治功能是在同封建制对比中才明显起来的。封建制是对下面这种情况的一个回应，在这种情况下，有些人能够产出一些农业剩余，但是可供他们购买的物品很少。因此，他们就用这些剩余来雇佣家臣，因此强化了他们的政治权力。[42] 大多数初民社会都不是封建制的。穷人对自己的（富裕）亲属的物品

---

〔41〕与这一分析一致，普顿尔，前注〔15〕，页426－427，发现在社会经济平等和治理数据负相关，就像先前的一些研究一样，这些研究作为参考文献列入了，Edwin E. Erickson, "Cultural Evolution," 20 *American Behavioral Scientist* 669, 673 (1973)。此外，莱文（Robert A. LeVine, "The Internalization of Political Values in Stateless Societies," 19 *Human Organization* 51, 53 [1960]）一方面发现平等与食物分享之间负相关，另一方面，他又发现平等与拥有的政治价值之间负相关。

在讨论初民社会中一些支撑某种前政府均衡的的制度时，我没有判断这些制度在经济学的意义上是否有效率，也许政府比这些公共秩序的替代性制度更有效率。但是有效治理在一个没有文字的社会也许是不可行的。在这样的社会中，其或这些替代性的制度代表了有效率的、第二等最佳的解决公共秩序问题的办法。关于初民制度的效率，请进一步看本书第7章的结论。

〔42〕这大致是亚当·斯密的封建制理论。请看，*The Wealth of Nations*, pt. 3, ch. 4 (1776)。参见，Marx，前注〔9〕，第4章，特别是页67。关于武装家臣在中世纪欧洲封建制早期阶段的意义，请看，I Marc Bloch, *Feudal Society* 154, 169 (L. A. Manyon trans. 1961)。一个新近的对封建制分析强调的是其他因素，请看，North & Thomas, pt. II，前注〔1〕。

拥有权利，但没有相应的、为这些亲属服务的义务。在财富有重大且持久不平等的条件下（一种阶级体制），这种单向度的关系是无法忍受的。但是，由于收获和狩猎都很不恒定（这在初民经济中是很极端的），由于有如何存储农业剩余品和猎获动物而不变质或如何用这些物品交换耐用品这样的难题，这就预先决定了这种制度不会出现。由于这些因素，社会中的每个人，不论他目前的财富状况如何，都对自己的预期财富有很大差变，并因此愿意购买一套复杂的保险配置。结果就是事后把财富平等化。

多配偶制，表面看来是造成重大不平等的一个渊源，事实上，它也许促进了经济平等，并导致了初民社会的政治稳定。应当明确，多 165
配偶制的通常形式——多妻制的前提就是财富的某种不平等。[43]由于妻子增加会减少收益（这不会因可能有更大程度的分工而弥补）、妇女的供应或多或少与男子数量是固定的以及大多数男子都强烈期望至少有一个妻子，因此如果某个男子要是比正寻求第一个妻子的对手更愿意并且也能够支付自己第二个、第三个或者第 N 个妻子的价钱，那么他就一定比这个对手要富裕很多。即使是在允许多妻制的地方，多妻者的数量常常也很少，[44]这或者是显示财富不平等并不巨大（看来在大多数初民社会中情况都是如此），或者是显示了拥有第二个妻子的收益要大大低于拥有第一个妻子的收益（或者是这两个因素都在起作用）。不论怎样，尽管多妻制是以财富上的某些不平等为前提的，但多妻制并不一定会增加不平等。在多妻制普遍的地方，一般说来，新郎或他的亲属一定要向新娘的亲属支付相当数量

---

〔43〕 请看，Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior* 240 (1976).

〔44〕 请看，例如，同上，及其所引证的文献；A. S. Diamond，前注〔3〕，页 246 的注〔2〕

的聘礼。[45] 更重要的是，多妻制具有一种长时段减少不平等的趋向，因为这种制度增加了多妻者死后必须供养的人员数量(妻子和孩子)。[46]由于他的遗产要以更多的方式来瓜分，[47]因此，下一代的财富不平等就会减少。而在不允许多妻制的地方，长子继承制会趋向
166 在几代人间持续强化财富的不平等。因此，人们预期发现，在禁止多妻制的初民社会中，会有一些同等继承的规则，或有其他背离长子继承制的平等措施。确有一些证据支持这种关联关系。[48]

---

[45] 由于聘礼是在新娘的亲属间分割的，这就是保险原则起作用的一个进一步的例子。Lucy Mair, Marriage, ch. 4(2d ed. 1977)。这是对复杂的聘礼问题的一个很好介绍。多妻制看来强烈地与支付大量聘礼相联系。请看，Amyra Grossbard, "Toward a Marriage between Economics and Anthropology and a General Theory of Marriage," 68 *American Economic Review: Papers & Proceedings* 33, 36 (1978); Pryor, 前注[15]，页364(图表B3)。普赖尔对聘礼的统计研究(请看，同上，页348－368)在某些方面是试图解决一个很久的争论，即支付聘礼是否一个真正的交换，或仅仅是某种象征性姿态。他的研究偏向这种交换的模型。关于当代社会中购买新娘现象之普遍，请看，Diamond, 前注[3]，页57，69。德在这里谈论的是"早期法典"，即那些刚有文字的社会中的法律。可以推定，这些法典主要是对先前就有的口耳相传之法律的编纂。对初民婚姻习惯的进一步讨论，请看本书第7章。

[46] 请看，M. Fortes, 前注[14]，页250; Jack Goody, "Bridewealth and Dowry in Africa and Eurasia," in Jack Goody & S. J. Tambiah, *Bridewealth and Dowry* 1, 13, 17－18, 32 (1973); Robert A. LeVine, "Wealth and Power in Gusiiland," in *Markets in Africa*, 前注[28]，页520，522－523; Frederic L. Pryor, "Simulation of the Impact of Social and Economic Institutions on the Size Distribution of Income and Wealth," 63 *American Economic Review* 50, 54 (1973)。又请看，Jack Goody, *Production and Reproduction: A Comparative Study of the Domestic Domain* (1976)，该书认为，一方面，多偶制、聘礼、财产平等以及弱政府之间相互联系，而另一方面，一夫一妻制、聘礼、财富不平等与强政府之间相互联系。关于一夫一妻制与强政府正相关、多配偶制与强政府负相关的某些证据，请看，Mary Douglas, "Lele Economy Compared with the Bushong: A Study of Economic Backwardness," in *Markets in Africa*, 前注[28]，页211。

[47] 请看本书第7章中关于家庭法的讨论。

[48] 在普赖尔(前注[15]，页327－339)归类为缺乏积极政治导向但是多妻制也不普遍的17个社会中，《人类关系地区档案》中包含的信息显示，只有一个社会以长子继承权作为继承方法，另一个则完全没有继承制度，其他15个社会对死者遗产的分割或多或少是平等的(尽管有时只有男性后裔能继承)。相比之下，在初民的多妻制社会中，长子继承权是常见的，这意味着每个妻子的长子继承每个妻子可以分到的遗产。请看，本书第7章的注[14]。

应当明确，假定多妻家庭的后代一直都待在父亲家中，多妻制会趋向于增大不同家庭之间的不平等。在父系社会中的男性后代就会如此。由于家庭在维持公共秩序中有重要作用，这样一种造就不平等的力量就会打破初民社会的政治平衡。但是，在初民社会中，亲属群体中的权威通常并不高度集中化；并且由于当亲属群体增大之际都趋于会发生裂变，[49]因此，超过一定点后，成员数量增加并不对群体力量的增加产生重大影响，人力的增加也许会被凝聚力削弱抵消了。这与封建主义（或现代公司）的等级结构之间的反差是很明显的

167

多妻制还以另一种形式分散了政治权力，即它增加了家臣的机会成本。[50]财富因此被分流到一个政治上无害的渠道中来了。因为妇女在初民社会中不能作为战士。[51]与这一分析相一致，有报导说，在某个刚刚出现政府的非洲部落（也就是首领声称自己有全权把部落的食物剩余再分配给部落中需要食品的成员），首领就鼓励部落的富有者购买更多的妻子。他没有考虑到，如果这些富人不以这种方式使用他们的财富，他们也许会用自己的财富来喂养急需

---

〔49〕 请看，例如，Daryll Forde, "Double Descent Among the Yako," in *African Systems of Kinship and Marriage*，前注〔11〕，页285，294。

〔50〕 这也就是，常假一个家臣，这个富人就放弃了购买另一个妻子的机会。财产的另一种用法会是把自己的多余土地出租，或是雇劳工来种植。但是这种替代看来会遇到人于初民社会处理能力的信息费用问题。请看，本书第7章的注〔12〕和〔13〕以及相伴的文字。

〔51〕 那么，封建制在强烈一夫一妻制的中世纪欧洲遍地开花就完全是偶然？我的分析显示，当其他因素相等时（当然，这是一个非常重要的限定），封建主义有允许多妻制的社会要比在禁止多妻制的社会更不可能出现。Diamond，前注〔3〕，页376，他说聘礼随着封建制的生长而减弱了。这一发现是说得通的，因为，在封建社会中娶一个妻子的机会成本要比在前封建社会中更高。

应当注意的是，更多妻子的价值并不仅仅是或不主要是提供"性"的多样化；其价值是要提供额外的保险，特别是增加儿子的数量，这些儿子都会作为亲属群体的成员，因此，这位父亲年长时就可以寻求更多的支持。据此，当妇女是一个社会中的主要资产物品时，就可以理解为什么为获得其他物品而出售妇女的人应受贬斥。例如，就像蒂夫人的观点一样：他在挥霍他的资产（请看，Paul Bohannan, "Some Principles of Exchange and Investment among the Tiv," in *Economic Anthropology*，前注〔24〕，页300，304）。

者，因此会破坏首领的地位。[52]

表 2 根据普赖尔的两个变量，多妻制和该社会的政治导向，做了一个交叉表。该表显示，在负面政治导向的社会（即趋向于没有
168 国家的社会）中要比在正面政治导向的社会中多妻制更常见。这一证据与我的说法是一致的，即多妻制起到了分散政治权力的作用，并因此支持了初民社会的前政府的政治平衡。

表 2 政治导向和多妻制

政治导向	社会的数量	
	多妻制常见	多妻制不常见
正相关[a]	4	12
负相关[b]	7	1

资料来源：根据普赖尔（Pryor）前注〔15〕，页 318，333－334（变量 6.69），336－339 计算。

a. 在普赖尔著作页 339 第 61 栏标记为 1

b. 在普赖尔著作，同上，标记为－1。

对高昂信息费用的其他原始适应

1. 由于高昂的信息费用可以解释初民社会的最显著制度，例如，对气功、妖术和巫术的信仰和实践，因此，我会满足于自己注意这样一点，即看起来这些迷信有多频繁地促进了该社会的经济福利。例如，在许多社会中，一个男子变得太富裕了，换言之，如果他没有履行自己的社会责任，没有与他人分享自己的剩余，他就有

〔52〕 请看 I. Schapera, "Economic Changes in South African Native Life," in *Tribal and Peasant Economies*，前注〔30〕，页 136，142。

可能被人们当成一个“巫”。[53] 这个结果也许可以作为一个例证，反映了初民对任何把自己提升到高于一般人的人都有妒忌心，并且，妒忌心也许确实描述了这个初民的感情；但这个结果同样可以很好地视为是对保险需求以及缺乏常规现代机制来提供这种需求的一个理性回应（就其结果而言，而不是就其精神状态来判断）。或者，我们也可以考察某个部落的这样一种信仰：任何人如果在去市场的路上出售自己的物品，灾难就会降临于他。[54] 这种信仰看起来很傻，但是我们要记住，如果可以尽可能多地把购买和销售的物品汇集起来，就会增加一个市场的效率。或者，我们也可以考察初民和古代社会中的这样一种常见做法，即把死者的动产同死者一同安葬，或者在安葬时把死者死亡时拥有的财产一并销毁。[55] 这些都是使下一代人的财产更平等的办法，[56] 其收益前面已经讨论过了。 169

2. 年龄区分，即依据年龄来分派任务或角色，这在初民社会中要比在现代社会中更常见。例如，在某个初民社会中，所有 7－10 岁的男性也许都被分派当放牧者，所有 11－14 岁的男性都是新战士，所有 15－30 岁的男性都是老战士，所有 30 岁以上的都是长者。在初民社会也比在现代社会更多用性别来决定任务的分派。对于这种年龄和性别的区分，一种简单的解释是，在这种社会中，工作如此简单，因此对于完成工作的质量来说个体差异并不重要。另一种解释则汲取了新近的信息经济学的成果，注意到年龄和性别分别代表了个体对某项具体工作的适应程度。这些分类使因估计个体

〔53〕 请看，例如，Driver，前注〔6〕，页 444。

〔54〕 请看，Herskovits，前注〔8〕，页 205。

〔55〕 请看，例如，同上，页 491－492。

〔56〕 请看，T. Scarlett，*Capitalism，Primitive and Modern* 31（1968）。

的力量、技术以及个性所需要的信息更为经济了。[57] 尽管由于缺乏私隐，初民社会的人相互间都很了解，但是，由于评价和监督很困难，因此，这也许会令对个体的边际产品的测度在初民社会要比在现代社会更为昂贵，这就导致了初民社会会更多依赖关于个体能力的粗略但廉价的代表标记。

3. 就像在前面提到的，礼赠在初民社会中要比在发达社会中
170 扮演的角色更为重大。尽管可以用相互保险来清楚解释礼赠的功能，但礼赠还有上一章讨论过的直接提供信息的一面。亲属群体或村庄内的礼赠，一般说来，都是前面描述的保险体系的一个方面，因为在这个小群体内，任何有关他人特点的信息都已经为人所知，没有什么其他信息还需要用礼赠来交流。但是，陌生人之间的礼物交换，例如当与在另一村庄生活的另一亲属群体的某个成员订婚，与之相伴的礼赠就可能具有一种传达信息的功能。[58]（应当注意，这种订婚礼赠不同于聘礼，后者是购买的价格。）当把礼赠视为一种信息传递设置时，受礼者就无须实际接受或享用礼赠物品了。西北印地安人的炫耀财富的冬宴，有时人们认为那是一种病态，在冬宴上，物品被毁掉而不是赠予了他人，这种情况可以解释为是一种特别可信的信息传递方法，传递的信息是拥有财富以及任何其他与拥有财富相关联的品质。[59]

4. 就初民社会中通常意义上的贸易——陌生人之间交换不同物品——来看，交易的费用非常高，因为有一系列信息费用问题：

---

〔57〕 请看，例如，Edmund S. Phelps, "The Statistical Theory of Racism and Sexism," 62 *American Economic Review* 659 (1972)。这一要点构成了我在本书第4编对种族歧视所作的分析之核心。

〔58〕 请看，例如，Barton，前注〔27〕，页40；异族通婚原则（请看本书第7章），亲属关系群体的大小以及村里大多数人都可能是亲属，这三者共同造成这样的状况：必须从外村——这就可能意味着从陌生人中——寻找配偶。

〔59〕 请看，Edward O. Wilson, *Sociobiology* 561 (1975)。

卖家可靠与否，产品质量如何以及有无其他贸易替代（市场价格）。然而，这里也出现了一些制度来减少这些交易费用。制度之一就是礼物交换，这种交换交流了有关某人的特点和意图的信息。礼物交换常常与初民的贸易相伴随。[60] 例如，特罗布里恩群岛居民的库拉圈子，尽管不是通常意义上的贸易，就是一个不同社区的成员之间进行礼物交换的复杂体系，它便利了贸易。就像西里尔·贝尔肖（Cyril Belshaw）解说的那样：

> 库拉本身并不导向以仪式活动表现的个体贸易。但是，顺着库拉，拜访自己伙伴的人会利用这一机会来进行贸易。马林诺斯基就指出了这一点，即除了瓦宇瓜（*vaygu'a*，这是在库拉圈子里交换的装饰性物品）外，库拉的伙伴还会交换具有贸易性质的礼物，并且由于这种伙伴关系提供了安全，来访者有可能与该村的其他人接触并同他们进行贸易。[61] 171

此外，许多初民社会对卷入贸易的物品还有“习惯的”价格而不是双方交涉确定的价格。[62] 习惯价的变化不像供求条件变化得那么快，因此会导致没有效率。但是，由于初民社会中的市场费用

---

〔60〕 请看，例如，Herskovits，前注〔8〕，页 196。一种相关的做法是通过交换礼物把一项正式债务庄严化，请看，Gluckman，前注〔35〕，页 197－198。

〔61〕 Belshaw，前注〔32〕，页 16。对库拉圈有一个新近的、有趣的经济学分析，请看，Janet T. Landa，“Primitive Public Choice and Exchange：An Explanation of the Enigma of the Kula Ring”（University of Toronto，Department of Political Science，n. d.）。

〔62〕 请看，Herskovits，前注〔8〕，页 206－210 中的例子；Sahlins，前注〔5〕，页 295，299－300，308－309，以及 Pospisil，前注〔11〕，页 121－122。请注意，无论是大肆侃价（请看，Clifford Geertz，“The Bazaar Economy：Information and Search in Peasant Marketing，” 68 *American Economic Review：Papers & Proceedings* 28〔1978〕）还是固定的习惯价，尽管看上去是价格灵活的两个极端，却都可以用初民社会信息费用高昂来解释。这两种定价手段，无论哪种在现代社会都不常见。

高昂，特别是因为人们对亲属的物品有主张权。这种习惯价反倒比自由侃出来的价格更有效率。[63] 多方交易一般说来要比两方交易的费用更高；这可能是为什么初民社会中贸易比较罕见的一个理由。[64] 然而，只要这里进行贸易，习惯价就可以便利这种贸易，习惯价由于排除了需要多方就价格进行交涉，因而减少了交易费用。

对市场交易费用的另一个回应是把疏远的合同关系转变成一种
172 亲密的等级关系。在某些初民社会，如果你重复同一个人进行贸易，他就成为你的结拜兄弟，并且你欠他的慷慨和公平交易的义务就同你欠一个亲属一样多。[65]这种“生意上的朋友关系”就是一种把互惠关系带进交易过程的方式，并因此也增加了信守承诺的可能性，尽管没有一种强制执行的公共权威机构。[66]

5. 有关初民言谈举止的程式和礼节有很多记载，本书第9和第10章会把这些特点同初民社会缺乏私隐联系起来。其论点，简

---

〔63〕可以推定，这就是，至少在一个社会中，为什么习惯做法是买家给卖家亲属送礼的理由。请看，Barton，前注〔27〕，页107。

〔64〕请看，同上，页110～111；Maine，前注〔11〕，页271（Beacon ed. 1970）；以及前面的图表1。

〔65〕请看，Gluckman，前注〔35〕，页174。雷蒙德·弗思谈到了初民社会中经济关系的“人格化”，请看，Raymond Firth, *Primitive Polynesian Economy* 315, 350 (1939)。纳什（Nash，前注〔14〕，页49）描述了在市场交易中使用“虚构性亲属关系……俗称”。

〔66〕马歇尔·萨林斯还注意到另一种强化初民交易安全的设置，他称其为经济的“好方法”，即买家故意多支付卖家，以诱使卖家与自己在未来的交易中公道。请看，Sahlins，前注〔5〕，页303～304。这种“多支付”增加卖家背信弃义的费用，因为这会导致买家撤回对卖家的特殊关照。关于这类做法的经济学基础，请看，Gary S. Becker, & George J. Stigler, "Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers," 3 *Journal of Legal Studies* 1, 6–13 (1974)。

最后，这种集市本身也许可以视为是对高昂的信息和交流费用的一种响应。这些费用使人们难以把买方要约和售方要约汇集在一起，惟一的办法就是让这些卖家和买家都面对面

单地说，就是谈话缺乏私隐的人们必定要学会精确并慎重地表达自己的意思，因为他们的许多交谈一定会被他人无意中听到，造成很多受反责和被误解的可能。对初民修辞的经济学分析可以深入下去，但我在这里只是简单地勾勒这一论点。

修辞艺术在初民文化和早期文化中都非常发达，而在现代社会大大忽略了（政客除外），这看来是对信息费用高昂的一个回应。[67] 在这个问题上，只有几本现代的教科书，其中一本是这样写的：

> 在处理偶发性人类事务时，我们总是不能发现或肯定真相究竟如何……但是，经常的情况是，为了使生活事务有点进展，我们又不得不在诸多不确定或诸多可能性的基础上作出决定。修辞的功能就是在不能令听众信服的地方去说服听众。并且，在不那么容易确定真相的问题上，言词可以说服一个听众仅仅在可能的基础上就采纳某个观点，或采取某个行动进程。[68] 173

让我们考察一下所谓“道德召唤”这种人们熟悉的修辞方法，一个说话者会用修辞来努力讨好他的听众。就如同科比特（Corbett）指出的，“如果一个讲演者不为听众敬重，不为听众信赖，那么他的全部用来打动听众智力和意志的演说技巧都可能枉费心机了”。[69] 然而，如果说话者的言词真相很容易证实，那么对他个性的兴趣也就不存在，也就没有信赖的机会了。个性是可信赖程度的一个代表，它只有在信息费用很高时才变得重要起来。因此，我猜

---

[67] J. J. Hennessen, “A Journey on the River Zamora, Ecuador,” 4 *Geographic Review* 434, 446 (1917)，对希瓦罗印地安人说话绕弯子风格同“在讨论精细问题时，政治家中很突出的小心翼翼的措辞”进行了比较。

[68] Edward P. J. Corbett, *Classical Rhetoric for the Modern Student* 73 (2d ed. 1971).

[69] 同上，页35。

想，初民文化和早期文化中赋予修辞技巧的重要性不仅反映了这些文化中缺乏私隐，而且反映了高昂的信息费用，这种费用很高令演说者必须用修辞技巧来增加自己言词的可信性。[70]

---

〔70〕初民社会拥有的另一种信息传递装置就是本书第5章中谈到的荣誉感（说的俗一点，是过分敏感）。又请看，Gluckman，前注〔35〕，页232；E. E. Evans-Pritchard，前注〔11〕，页151；Mair，前注〔9〕，页40。随时准备报复，这是有对当众受辱保持高度敏感中显示出来的，在一个缺乏正式的法律强制实施机构的社会中，这是镇慑他人侵犯的一个重要方法。有关的一些证据，请看，Robert A. LeVine，前注〔46〕，页54，他发现在拥有政治价值与强烈荣誉感之间有一种负相关。

▼
▼
▼

第七章

初民法律的经济学理论

在这一章中，我将扩展我对初民社会的分析，分析初民社会的法律制度，特别是着重分析支配了初民社会侵权和刑法的严格责任体制。[1] 但，也还请读者注意，这一讨论中有一些过度的概括；而我的兴趣在于解释初民法律的核心趋势，不在于它的每一种变化。 174

（1）关于早期社会，我的主要资料来源是，Henry Sumner Maine, *Ancient Law* (1861; Beacon ed. 1970); A. S. Diamond, *Primitive Law Past and Present*, pt. I (1971). 又请看，Harold J. Berman, "The Background of the Western Legal Tradition in the Folklaw of the Peoples of Europe," 45 *University of Chicago Law Review* 553 (1978). 关于初民社会，我的主要资料来源是，R. F. Barton, *The Kalingas: Their Institutions and Custom Law* (1949); Max Gluckman, *The Ideas of Barotse Jurisprudence* (1965), 以及 Max Gluckman, *Politics, Law, and Ritual in Tribal Society* (1965); Walter Goldschmidt, *Sebei Law* (1967); P. H. Gulliver, *Social Control in an African Society: A Study of the Arusha: Agricultural Masai of Northern Tanganyika* (1963); E. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics* (1954); P. P. Howell, *A Manual of Ner Law: Being an Account of Customary Law, Its Evolution and Development in the Courts Established by the Sudan Government* (1954); Leopold Pospisil, *Anthropology of Law: A Comparative Theory* (1971); Valentin A. Riasanovsky, *The Customary Law of the Nomadic Tribes of Siberia* (1965); John Philip Reid, *A Law of Blood* (1970); Simon Roberts, Order and Dispute (1979); I. Schapera, *A Handbook of Tswana Law and Custom* (1938); *Ideas and Procedures in African Customary Law* (Max Gluckman ed. 1969); *Law and Warfare* (Paul Bohannan ed. 1967); *Readings in African Law* (E. Cotran & N. N. Rubin eds. 1970)

法律过程

纠纷解决

假定有这样一个规则（我们暂时不必考虑该规则来自何处）：未经邻居许可，一个人不能拿邻居的甘薯。然而，他确实拿了，或至少邻居声称他拿了。这个纠纷该如何解决？并且，如果发现违反了这一规则，该如何适用制裁？一种可能性是由邻居实施报复。但是，这种程序也许成本太高，因为初民社会都组织成了亲属群体，相互提供保护，也因为对作为维系社会秩序的方法之一的报复有其他一些限制（下一章讨论）。受侵犯的邻居因此也许会决定让一个过路人，一个村中的长者或聪明人，或者是一个被假定公道的第三者来审理他的纠纷[12]受到指控的违法者也有一种激励，服从裁
175 断（或者是"仲裁"，我们也许会这样命名，因为考虑到它的私人性质），免得拒绝这样做会引起邻居的报复。应当明确，这位受指控的偷窃者如果明显有罪，并知道一位公道的仲裁者会裁断他有罪，他也许不情愿提交仲裁或不情愿遵循仲裁者的不利判决，但他的亲属群体对他是一个制约因素。其亲属也许会敦促他服从仲裁以避免因他的行为而卷入一场世仇，他们很可能这样敦促他，因为他们有集体的责任。而他也可能会服从他们的敦促；否则的话，亲属们也许会在他因拒绝提交仲裁或拒绝遵循仲裁者的裁断而受邻居或邻居的亲属报复时抛下他不管不问。

刚才描述的这个体制完全是非正式的，但是在某些初民社会，

[12] 请看，例如，Maine，前注[1]，页364

例如加利福尼亚州的尤罗克（Yurok）印地安人，就有更为正式的初民仲裁体系。[3]一个尤罗克人，如果想提出一个法律主张，他就会雇请两到四个人，既不能是他的亲戚也不能是他村里的人，而被告也会这样。这些被称作“交互者”（crossers）的仲裁者会在诉讼双方之间穿梭来往，确认所提出的主张和辩解，并收集证据。在听取了所有证据之后，这些交互者会就损害赔偿提出一个判决。每个交互者都会从诉讼双方那里收取某些货币作为自己工作的补偿。

要求各自至少挑选两个并非亲戚或邻居的人作为交互者，可以推定，这一点反映了对获得公道判决的关心。这一要求减少了仲裁 176
者有利益冲突的可能性。拒绝遵守这些交互者的判决会受到下述方式的惩罚：不履行判决的被告会成为原告的雇工（wage slave），而且如果他拒绝服从这一惩罚，他就会被流放，可以被任何人杀死，而杀人者不会因这一行为承担任何责任。

发现事实的程序

高昂的信息费用反映在誓言、决斗以及初民社会案件审理中有时使用的其他含混的或非理性的事实确认方法。但是，很容易夸大初民社会发现事实中的迷信因素。非洲部落社会就比中世纪欧洲人的案件审理更少依赖决斗（即双方进行战斗）以及其他类似的发现事实的奇怪方法。[4]审判庭的称职，以及对传闻证据、间接证据、直接证据以及其他类型证据所作的区分（有时这种证据的区分比现代美国设计用来控制陪审团的证据规则还聪明），都普遍给考察部落司法

[3] 请看，William M. Landes & Richard A. Posner, “Adjudication as a Private Good,” 8 *Journal of Legal Studies* 235, 242 – 245 (1979)

[4] 请看，Diamond，前注[1]，第21章　在一个交易费用如此之高，乃至人们不愿依靠自己——即不靠神的帮助——确认事实的场景下，即使是这些奇怪的方法也许还是理性的。

的人留下了深刻印象。[5] 然而，初民审判庭发现事实的能力却很有限，因为没有警察和其他调查机构和技术（诸如验尸），因为它们会用一些超自然的原因来说明自然的现象（例如，一个人由于某些自然原因而死亡被归结为某个敌人施用了巫术）。我们会看到，这些信息费用似乎在一些重要的方面已经影响了初民的实体法。

规范的来源

法律规范的两个常见渊源——立法和行政命令——由于前一章介绍的“没有国家”这一假定而排除了。由于这些仲裁者，尽管是私人性的，就像是法官，因此，也许看起来法律的第三种渊源——用司法决定作为指导未来行为的先例——在初民社会中可以起作用。但是，即使不考虑没有文字可能对任何类似英美普通法的先例制度造成什么问题（足智多谋的初民也许有能力克服这个问题），[6] 你还仍然必须问一问，这些仲裁者有什么激励因素，让他们提交一份将作为先例长期存在的司法意见。即使我们的社会也不试图创造对规则或先例的产权。我们的法官接受国家的工资，要求上诉法院法官撰写司法意见，说清他们决定的理由；这些司法意见就是先例。但是典型的初民社会的法官，就像现代的仲裁者一样，都从争议者那儿获取报酬，而不是从整个社会那里寻求报酬，因为

177

〔5〕 请看，Max Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, ch. 3, 107 – 108 (1955)；以及，Max Gluckman, "Reasonableness and Responsibility in the Law of Segmentary Societies," in *African Law: Adaptation and Development* 120 (Hilda Kuper & Leo Kuper eds. 1965)；Pospisil，前注〔1〕，页 236 – 238

〔6〕 请看，"remembrancers" in I. Schapera, "The Sources of Law in Tswana Tribal Courts: Legislation and Precedent," 1 *Journal of African Law* 150 (1957) 中的讨论

他是一个私人公民。[7] 现代的仲裁者通常并不撰写仲裁意见，因为某个争议的双方一般只获得某个先例产生的收益中很小的一部分（由于该先例使他们的未来的行为更好了，他们由此获得了收益），因此他们不愿支付该仲裁者去创造先例。类似情况是，初民法官也不大可能提供可用作先例的口头司法意见。

剩下来的法律渊源，并且支配了初民法律的，就是习惯。正是习惯规定了因杀了某人而应支付的赔偿、制定合同的手续、继承的规则、亲属关系的责任、结婚必须遵循的限制以及其他。习惯（包括习惯法）就像语言一样，是一个复杂的、变化缓慢的、高度分散的精确的规则系统。这些精确的习惯规则是对法官通过创造先例而特定化的广泛标准体系的一个替代。这些用来给一个行为（例如杀人）定价的习惯规则的精确性也可以用高昂的交涉费用来解释清楚，因为这种交涉会影响——这是最典型的情况——整个亲属群体（或者更可能是两个群体），因此也就使这个交涉成为一个多方交易。 178

一个规则越是精确，它就越难顺应变化的环境。因此，我们也就可以预料，一个由精确规则构成的体系会提供某些方法来迅速修改规则。习惯法体系没有这样的方法，但是，在一个静止社会这并不构成一个严重的问题。在这样一个社会中，法律变化滞后于社会变化并造成一些时代错误（这种时代错误在英国普通法和罗马法中曾造就了对法律拟制、衡平和立法的需求，以便使法律适应当时的需要）的危险很少。在初民法律法律体系中很少见到法律拟制等上

〔7〕 请看，例如，Barton，前注〔1〕，页 164－167。一个著名的例子是《伊利亚特》第 18 章的“防护场景”。梅恩把这一场景中提到的两泰伦黄金解释为付给法官的费用，这种解释已被广泛接受了。请看，Maine，前注〔1〕，页 364；Robert J. Bonner & Gertrude Smith, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle* 38－40 (1930)。即使在一个有某种初等治理的初民社会中，法官们最多也趋向于是半公职的人物，并且如果有支付的话，也是从诉讼费中出钱。请看，例如，Riasanovsky，前注〔1〕，页 12。

述法律变革设置〔8〕很明显，古罗马社会和英国社会当时都比一个纯粹习惯法可能追赶的社会变化更快，这就是说，要比典型的初民社会变化要快

财 产 法

哈罗德·德姆塞兹（Harold Demsetz）对北美印地安人的产权体
179 系进行了一个研究，该研究指出，对某种资源的产权的承认程度是，相对于实施这一产权之费用，该资源的稀缺程度，因此是其市场价值的一个函数。〔9〕在土地相对于人口总数非常丰裕的地方，土地的市场价格就会低于为该土地修建篱笆的费用，或低于以其他方式实施该土地产权的费用，因此不会提出对土地的个人权利。随着土地变得更为稀缺（由于引进西医造成了人口土地比上升，以及由于可进入西方市场而造成对某些作物或对生活于该土地上生活的某

〔8〕 关于罗马法和英国法中的法律拟制，请看，Maine，前注〔1〕，第2章。衡平法和立法都要求有比见习通常的初民社会更为发达的治理结构。法律拟制在初民社会似乎很罕见，一个很好的讨论，请看，T. O. Beidelman，"Kaguru Justice and the Concept of Legal Fictions，" 5 *Journal of African Law* (1961)。然而，有时可以看见拟制的亲属关系，并且有人经常发现人为的"法条主义"推理。例如，在某个非洲部落中，如果一个人杀了自己氏族的一个成员，那么他要支付的钱财要比他杀害了一个陌生人要少，理由是作为该氏族的成员，他有资格分享该氏族获得的任何赔偿。请看，Robert Redfield，"Primitive Law，" in *Law and Warfare*，前注〔1〕，页3，12。这一推论很荒谬，但这一规则在经济学上说得通，当杀人者和被杀者属于同一氏族时，侦破的概率更高，并因此最佳惩罚也会轻些。但是，这并非此处所说的法律拟制的例子，即不是作为绕开一个过时的、不起作用的规则的设置。

〔9〕 请看，Harold Demsetz，"Toward a Theory of Property Rights，" 57 *American Economic Review: Papers & Proceedings* 347，351－353 (1967)。

此野兽之需求上升），就趋向于产生出一套个人产权体系。[10]但是，即使是在一个非常初始的农业社会中，有些土地，由于更肥沃、更易劳作或位置更好（最接近营地或村庄，因此更少受敌人攻击），也肯定要比另一些土地更有价值，并且，如果可以买卖这样的土地，就一定会获得一个正市场价值。更其的是，如果土地产权纯粹只是占有权（一种用益权），即只要占有权人实际耕作该土地就允许他从土地上赶走任何其他人，对这样的土地强制实施产权，实施的费用也不会很高。事实上，这样的占有权在初民法律中很常见。它还有两个额外的因素：（1）占有者可以把自己的权利转让给自己的家庭成员或传给自己的继承者，但是（2）他不能出售这一土地。[11]

我的初民社会模型有助于清楚地解说这一产权结构。这种结构的收益既有政治的，也有经济的。不允许一个有好收成的人用自己的剩余来购买他人的土地，并减少了其他人对他的依赖（在一个前政府的社会中，这是一种造成政治不稳定的交易），而是引导他把自己的剩余施舍给他人。因此，对土地的有效需求也就减少了，穷人更有可能在社区的其他地方找到还算可以耕作的好地。同时，对土地的占有（即实际耕作一块土地或者猎杀和俘获土地上的野兽）提供了有关拥有和拥有程度的明显证据。其他的替代方式或者是修建篱笆，或者是一种记录体制。前者在一个只有简单工具的社会中可能相当昂贵，而后者又为没有文字这一假定排除了。

由于初民土地权占有体制的费用阻碍了土地的可交易性和扭曲

180

---

〔10〕 请看，例如，David E. Ault & Gilbert L. Rutman, "The Development of Individual rights to Property in Tribal Africa," 22 *Journal of Law and Economics* 163 (1979)。参见，Douglass C. North & Robert Paul Thomas, *The Rise of the Western World: A New Economic History* (1973)。

〔11〕 请看，例如，Melville J. Herskovits, *Economic Anthropology* 368–370 (2d rev. ed. 1952)；Barton，前注〔1〕，页 89–98；Schapera，前注〔1〕，页 201，205，207；Maine，前注〔1〕，第 8 章。

了对土地开发的间断性资源配置，这一费用就要比在一个发达社会中更低。首先，在初民社会中，在任何情况下，出售土地都会很困难，因为有亲属关系的责任网络。一个人不能出售他的亲属赖以生存的土地，或者不能出售必需的母牛来为弟弟娶个媳妇，他必须同受影响的亲属商量，或至少要把出售的收益在亲属之间分配；这就会增加实际的交易当事人数量，并因此增加了交易费用。因此，即使土地可以自由转让，初民社会的土地市场也可能运作很糟糕。更成问题的是，尽管在一个发达社会中，土地不可转让会妨碍土地集中到足以充分发挥大规模生产经济的程度，但在初民社会中，利用规模经济基本是不可行的。利用规模经济要求有一种组织化的能力，以便协调在中央指挥下众多人的工作，而高昂的信息费用使这一点不可能。[12]因此，允许一个人集中了多于他可以亲自耕作的土地，社会收益会很小。更重要的是，多妻制（这使一个人可以购买多个妻子在一份很大的地产上耕作）创造了扩大某人拥有财产的一
181 些机会。[13] 就像我们在上一章中提到的，多妻制对财富和权力之平等可能具有的不稳定影响被孩子数量的增加抵消了，而孩子数量

---

〔12〕 普赖尔的发现为这一命题提供了一些经验。普赖尔发现，土地出租和劳务合同一般是在社会发展之后（相对于物品市场）才出现的。请看，Frederic L. Pryor, *The Origins of Economy: A Comparative Study of Distribution in Primitive and Peasant Economies* 126-127, 141 (1977)。并请注意"初民社会的一种理论"一文中表1中显示的，在互惠的物品交换基本让位给物品的市场交换之后，劳务的互惠交换是如何继续坚持下来了。可以推测，土地出租或雇佣劳工（耕作土地或干任何其他活）的市场交易费用要比简单物品销售的费用更高，因为无论是测度佃户或测度雇工的边际产品，还是监督他们是否努力，都很困难。参见，M. I. Finley, *The Ancient Economy* 65 (1973)。

〔13〕 与这一点相一致，普赖尔（前注〔12〕，页137）发现土地出租和多妻制之间负相关。为什么监督妻子的费用可能低于监督其他土地耕作帮手的费用，理由是，妻子们生产的部分食品会用来喂养她们的儿子，这是丈夫和妻子的一种联合消费；因此，妻子们喂养的是他的儿子，这就成了丈夫无须监督妻子是否努力就能获得的收益。

的增加导致了下一代人有更大程度的土地分割。[14]

当对某一资源的所有权只有在捕获或使用该资源才能获得时（即只有这时才承认占有权），就会有一种倾向：这一资源用的过多过快；但这在一个简单社会中也还不是一个频繁发生的问题。对于一帮狩猎者来说，当某个地区的猎物耗尽时，更为廉价的做法是迁徙，而不是在狩猎地区创立无条件土地继承权（fee-simple rights）来规制猎物总数。对于一个初民的农业社区来说，如果还不懂恢复地力的技术，那么更廉价的做法是将地力耗尽的土地休耕数年，让它自然恢复肥沃程度，而不是强制实施无条件土地继承权，以希望鼓励土地所有者更快地恢复地力。在初民社会中，当投资可行时（设陷阱就是一个例子），保护投资的办法常常是授予投资者非占有性产权。即使其他某个人首先发现陷阱中有野兽并因此"占有"了它，却还是设这个陷阱的人才有资格享有被套住的野兽。[15]

---

〔14〕 例如，根据南非的部落法律，多妻者的任何一个妻子耕作的土地都是一份分立的地产，在该多妻者死亡时，这份地产就传给该婚姻的长子，因此，多妻者死亡时，其全部财产就分散开来了。请看，A. J. Kerr, *The Native Law of Succession in South Africa* 35, 54 (1961); 4 N. J. Van Warmelo, *Venda Law* 815, 899 (1949)。请注意多妻制与长子继承权的结合获得的结果类似于平均继承规则的结果，而平均继承规则不是那么有效率的，因为这一规则常常迫使把地产分割成缺乏效率的小块土地。在主要财产（牲畜）几乎完全可以分割的游牧者中，常常看到平均继承规则。请看，Austin Kennett, *Bedouin Justice: Law and Custom among the Egyptian Bedouin*, ch. 10 (1925)。

〔15〕 请看，例如，Diamond，前注〔1〕，页 189；Goldschmidt，前注〔1〕，页 157。参见，Vernon L. Smith, "The Primitive Hunter Cultures, Pleistocene Extinction, and the Rise of Agriculture," 83 *Journal of Political Economy* 727 - 743 (1975)。

这一节分析的一直是土地权。至于其他种类的财产，初民社会的立场更接近现代法律的立场，总会受到亲属的权利投有"所有权上的阴影"之制约。对少数几种物品，亲属不能声称有权利，其中之一是某个人的妻子（尽管，如果需要，他也许能够对本来会属于她丈夫－父亲的，她的或她孩子的农业剩余物品提出分享的权利）。妇女（相对说来）能免于亲属的权利主张，这一点是为什么妇女在初民社会中是如此高价的一种物品（以她们所要求的聘礼来衡量）的另一个理由。

合　同

在初民法律中，就和在现代法律中一样，交换和合同并不同时发生。联姻、家户内或亲属群体内的交换以及礼赠都是最重要的交换形式（或者——但意思相同——在初民社会中，在有组织的生产和分配中，明确的市场起到的作用比它在现代经济中起到的作用要小）；因此，合同法——即支配与陌生人交换的法律——的潜在领域就很有限。

182

初民合同法的几个特点经常出现，频度很高，因此可以认为是它的典型特征。（1）待履行合同（即合同违约发生时，任何一方都还没有开始履行的合同）是不强制实行的。（2）损害赔偿的依据不是损失的该交易预期收益；标准的救济是恢复原状。（3）当一方已经完成了履行时，合同违约（这也就是说，执行了一半的合同之违约完全不同于待履行合同之违约）常常被当作对受约人的偷窃。（4）销售者对其所售产品的任何缺陷都要负责（*caveat venditor*[*]）。

这些特点集中到一起，就显示了即使在适用合同法的有限领域内，合同法也很少。买方拒绝为他已占有的物品支付，他就必须把物品归还卖主，要得出这样一个规则并不需要有一个合同法。然而，除了对有缺陷的产品承担责任外，这看起来就是初民合同法施加的惟一重要义务。而人们一旦意识到现代合同法的经济功能就是要使利交易（而在这种交易中，一方或双方的履行都要花费相当多的时间），道理就变得很清楚了。这种时间上的间隔开放了许多可能性，既有可能出现一些未预见的事件打乱合同的履行，也有可能合同一方受到诱惑而利用合同的非同时履行可能带来的战略机遇。

---

* 拉丁文，意思是卖主当心。——译者

可以推定，这种合同履行上出现的时间间隔是该合同规制的复杂经济活动的正函数。初民社会的经济活动很简单，因此，如果受合同法支配的交易通常都涉及同时（或几乎同时）履行，那么，合同法的适用范围就降低到分配交易后才显现出来的产品缺陷的责任。如 183
果我们假定只有一个非同时性的因素，也就是说支付是在所售产品转移之后什么时候完成的，那么所需要的一切就只是一个恢复原状的原则，这就要买方把物品归还卖方。而在一个现代经济中，这个救济就不够了，因为在现代经济中，合同签订常常在履行到期前很久，并且价格也许会变化得很快，因此，合同的一个重要目的就是把价格变化的风险分配给这一方当事人或另一方当事人。[16]在初民社会中，价格变化得很慢，部分是由于有许多价格都是习惯价，并且合同也无须在履行前很久就确定下来。

当然，初民社会可以使用的一种风险转移合同也许会是一个分配饥荒风险的合同。这种合同会便利防止饥荒的保险，上一章就已经显示保险是初民社会的最重要产品之一。然而，很难克服一个明确的保险合同需要的信息问题，并且，在一个小规模的社会中，非正式的亲属保险也许会提供一种可以接受的并且管理起来更为便宜的替代。

初民销售法的卖主当心（*caveat venditor*）规则可以从初民市场的信息费用中推导出来。应当明确，销售的产品一般都很简单，而这一事实本身就表明，对买方和卖方来说，检查物品的费用都相同。有人就曾用这样的推理来解释19世纪英美普通法的买主当心

---

〔16〕例如，如果甲方同意以每件2美元的价格向乙方出售一些小机件，并按协议送去了货物，而乙方随后拒绝支付，因为在货物送达之后，这些小机件的价格就落到了1美元一件，这时，一个纯粹的恢复原状的救济（即，甲方获得归还的小机件）就不能实现这一合同的风险转移功能。关于合同法的基本经济学原理，请看，*The Economics of Contract Law*（Anthony t. Kronman & Richard A. Posner eds. 1979）；Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, ch. 4（2d ed. 1977）.

(*caveat emptor*)规则，如今，由于商品日益复杂化了，相对于卖方而言，买方的检查费用增加了，因此这一规则已经给"卖方当心"让道了。然而，初民的市场与19世纪的市场之间有一个重要差别，这就是初民社会中并不经常有贸易。由于很偶尔才会同陌生人进行交换，个人也许不能开发出那种见多识广的消费者所具有的那些技术，因此，不管产品简单与否，相对于卖方而言，也许买方的检查费用都很高。此外，由卖方为产品缺陷保险也更好一些，因为他可以把保险费用都平摊到他的所有产品上。尽管在现代，有人在讨论卖方当心和买方当心的相对优点时也提出了这样的论点，但就现代社会而言，这一论点很肤浅，因为对买方来说，他面前有各种各样的保险选项，这些选项也许与卖方的自我保险或市场保险同样好，甚至会更好一些。初民社会中消费者的保险选项则更为有限。

家 庭 法

184 在大多数初民社会中，与家庭相关的法律是最为详细的一套法律原则。这并不奇怪。支配家庭中诸多关系的规则，就其功能和重要性而言，就相应于现代社会中的公司法和代理法；并且，由于妇女是大多数初民社会中交换的主要物品，因此，支配婚姻和离婚的规则在重要性上就使合同法相形见绌。我将对初民家庭法的四个方面加以讨论：家庭法的细致程度、聘礼、初民离婚法的自由度以及外婚制。[17]

---

〔17〕本书第6章已讨论了多配偶制和继承制，因此这里就不再进一步考察了。

细致程度

一个人可以想像这样一个初民家庭法体系，它由少数原则（女子成亲时，女性的亲属对对方所付的聘礼享有权利，有权购买不止一个妻子，等等）构成，细节则留待受这些原则影响的各方来协商。但是，人们更可能发现的是，有大量的家庭交易都受到非常细致的习惯规制，[18]其中常常包括价格，以及单个变动范围，无论是以遗嘱方式还是以协议方式，有限的以及有时根本就没有的方式。我在上一章中提到初民法律强调精确性的诸多理由，其中，就家庭法而言，最重要的是涉及大量当事人（甚至可能是两个亲属群体的全体成员）的自愿交易费用很高昂。例如，由于聘礼是新娘所在的亲属群体的财产，因此，如果这一价格，以及如何在亲属中分配，都要留在亲属群体中来交涉的话，那么，与新郎的交易就会极其昂贵。在那些习惯并不确定聘礼及其分配的地方，事实上就有交涉非常漫长的报道。[19]初民的家庭法常常寻求避免这种费用，办法是，不仅对聘礼作出规定，而且对如何在新娘的亲属之间分配聘礼作出规定。因此，人们可以预期，如果其他因素都相等，有权分享聘礼的亲属群体越大，那么就越有可能由习惯来规定聘礼的程度和分

185

〔18〕 要体会初民家庭法中普遍的复杂性，请看，5 N. J. Van Warmelo, *Venda Law* (1967).

〔19〕 请看，Lucy Mair, *Marriage* 57 (2d ed. 1977).

配，而不是留待后来的交涉决定。[20]

聘 礼

人们一般发现，在初民社会中，一项正聘礼（而不是无聘礼或者是一项负聘礼——嫁妆）都是付给新娘的亲属而不是付给新娘本
186 人的。这一格局也许与（猜测的）各种娶妻方法的三阶段历史演化有关：从俘获或偷窃到支付再到承诺爱护和赡养的现代制度。[21]为什么在每一阶段都是男性主动？理由看来是基因上的。[22]由于女

[20] 与这一点有关的某些证据，请对照，A. R. Radcliff-Brown, "Introduction," in *African Systems of Kinship and Marriage* 17 (A. R. Radcliff-Brown & Daryll Forde eds. 1950)。关于大亲属群体以及固定报酬和份额，请比较，Max Gluckman, "Kinship and Marriage among the Lozi of Northern Rhodesia and the Zulu of Natal," 集于，同上，页 166、199。关于灵活的聘礼和小量涉及的亲属，请比较，S. F. Nadel, "Dual Descent in the Nuba Hills," 集于，同上，页 331、341－342。参见，Gunter Wagner, "The Political Organization of the Bantu of Kavirondo," in *African Political Systems* 197, 222－223 (M. Fortes & E. E. Evans-Pritchard eds. 1940)，讨论了民族的最佳大小。

产权公社化与习惯确定价格或份额之间的关系是一种概括的关系。例如，在群体狩猎的地方，或（一种更接近与聘礼并行的情况）在社会的主要保险原则要求猎获物在亲属中间分享或一在某些情况下，为整个屠伙或村庄分享的地方，初民法律常常规定如何分割，因此避免一种多方交涉。请看，例如，Barton，前注〔1〕，页 85－86。如果每个亲属群体或村庄都有一个首领，由他来代表该群体进行交涉，并在成员中间分配收获的话，也可以避免这种多方交涉。这样的任务在初民社会中确实会出现，但是，当出现时，这也许就意味着这个社会正在成为一个国家。当这种领导即使在亲属群体层面和村庄层面很虚弱时，习惯性价格和份额就扮演了一个重要的分配性角色。

[21] 这第一个阶段是猜想的；有关这一点的某些证据，请看，Mair，前注〔19〕，页 110－111。从历史上看，一般说来在聘礼之前就有几种非货币交易方式，包括姊妹交换、为预期岳父劳动以及与新娘的亲属一起生活。此外，还有一些涉及支付嫁妆而没有聘礼的婚姻（一般都是亲属给新娘的半继承性分配），这其中的某些变化我会在后面讨论。

[22] 请看，例如，David P. Barash, *Sociobiology and Behavior* 147－150 (1977); Edward O. Wilson, *On Human Nature* 125－126 (1978).

性的生殖能力有限，因此从复制她的基因的立场上看，接受性交会给她带来重大机会成本。男性生殖能力很大，相应的机会成本对于男子来说就微不足道。因此，妇女努力通过仔细筛选合格的伴侣来节省她的生育能力，而男子则不作更多选择。在通过俘获获取妻子的地方，妇女努力躲避被俘所起到的作用就是把那些不那么大胆进取的因此也就不大可能生育大量能够长大成人之后裔的男子都筛选掉。聘礼是一种替代的筛选装置。就实际消耗的资源而言，聘礼不如战斗的费用高，然而，从女性的观点来看，只要是男性为获得一个妻子而支付的情愿程度和能力与男性生育和保护她的孩子之间有很好的相关关系，那么聘礼就是一种有效的筛选装置。[23] 由于我 187
的分析所依据的前提假定是人类在整个前历史阶段都是理性的，因此，我把这种从捕获向交换的转换的原因归结为财富的增长而不是归结为理想的增加：为了购买新娘，必须生产出大大超过生存需要的大量物品，以便可以用来换取一名妇女。

与这一分析一致，人们会观察到，在某些社会中，一个太穷无法累积起聘礼的男子可以为一个未来的岳父工作一段时间，因此获得一个新娘。[24]他以自己的工作习性证明自己很适合同这个女孩结婚。另一个相关的解决问题的办法是“倒插门”（matrilocal）婚姻：这个丈夫留在妻子的家庭中，不用支付聘礼。[25]在这种情况下，新娘的家庭就不大需要仔细考察他是否适合这一婚姻。这里不像从父居婚姻那样，把整个保护职能都交给丈夫和他的亲属，在这里，新娘的家庭都来帮助保护其后代。

---

〔23〕 参见，Barash，前注〔22〕，页 294。这并不是说，必然是妇女采取了主动，建立了聘礼体制；我认为她们没有采取主动。但是，从一种基因学的意义上看，男性从一种保证为自己女儿能获得更适合的伴侣的制度中获益了。

〔24〕 请看，例如，Harold E. Briver, *Indians of North America* 225 (2d rev. ed. 1969).

〔25〕 请看，Harold K. Schneider, *Economic Man: The Anthropology of Economics* 145 (1974).

这一分析没有解说为什么会用聘礼，而不是像今天那样用约会或求婚，作为一种筛选设置。一般说来，在初民社会，女孩子结婚都是在青春发育期，这时她们还缺乏成熟的判断，因此，约会也许并不是一种很有效率的挑选求婚者的办法。女孩的婚姻可以由父母来安排，不要聘礼，但是对这些父母来说，很难了解一位常常是来自另一村庄的陌生人（由于外婚制规则）的品性如何，只有从这位陌生人能否作出一个重要支付这一点所传达的信息来了解。

对聘礼还有一种解释，也是基于信息费用，就是把聘礼当作预
188 先偿付妻子将在家中提供的服务的机制。在一个初民社会中，一个妻子也许只有很有限的能力强制要求丈夫公道地支付自己的服务，因此，她要求事先支付，形式就是聘礼。然而，这种解释只有当聘礼是支付给新娘时才言之成理。更常见的是，聘礼都是付给新娘亲属的，而亲属——有人认为——是一种安全机制。[26]新娘的亲属有一种激励因素，鼓励新娘满意地履行妻子的责任（诸如，如果新娘逃离其丈夫，拒绝包庇她），因为如果新娘行为不当，她的丈夫也许有请求归还聘礼的权利。丈夫也因此有一种激励，要好好待新娘，因为，如果丈夫对新娘不好，新娘也许有权离开他，并且新娘的亲属也没有责任归还聘礼。[27]

注意，在细致且精确的家庭法与以聘礼作为筛选求婚者的机制之间有一种紧张关系。如果聘礼由习惯规定，那么在求婚者和女孩

〔26〕 请看，Becker, "Marriage: Monogamy, Polygamy, and Assortative Mating" (mimeo., University of Chicago, Department of Economics, Oct. 1978).

〔27〕 关于聘礼，还有另一种可能的解释，这就是聘礼补偿了这位女孩的亲属，或者是因为（1）他们为女孩筛选求婚者的费用，因为，如同前面提到的，女孩通常很年轻，并且没有能力比较她收到的求婚提议，或者是因为（2）他们为训练女孩成为一个好妻子而花费的投资。

但是我的分析还是没有解释为什么会支付嫁妆或负聘礼。也许，嫁妆常常是女孩的（家境不错的）父母给予女孩的礼物。这种解释与下面的事实是一致的，即支付嫁妆要比支付聘礼更多同比较富裕的社会相联系。请看，Pryor，前注〔12〕，页357，364－366。

的亲属群体之间多方交涉的费用就减少了，但是聘礼作为一种分配机制的作用就会受到削弱，因为它防止了求婚者相互间直接竞价。

离婚法

就总体而言，初民法律对待无论是丈夫离婚还是妻子离婚，一直到非常晚近，都要比西方法律更为自由；[28] 并且在许多初民社会中，离婚都相当常见。[29] 这种自由也许反映的是这样一个事实，即父母离婚给孩子带来的代价在有替代性抚养孩子制度的社会中要低于在核心家庭中。初民社会的孩子都是在许多亲属中长大的，这些亲属有一种利益（基于他们有共同的基因）保护这些与他们有关的孩子。这种现成的"托儿所"减少了父母双方共同关注孩子抚养的重要性。[30] 189

在初民社会中，离婚之所以频繁，也许还反映了用聘礼作为筛选装置，相对于向成熟妇女求婚并由她自己挑选丈夫而言，前者是比较差的。[31] 在初民社会中，信息费用也许非常高，以致于没有好办法挑出般配的女性和男性，因此，婚姻很不般配，并且婚姻很不稳定。另一方面，由于父母较少同孩子呆在一起（因为有其他亲属分享了对孩子的抚养），也就更少要求有一种筛选装置来促使基因天赋类似的人相互结合（正的相称性配对）。这种正相称性配对的价值之一就是会减少父母与孩子之间的特征变异，因此会促成一

〔28〕 请看，Diamond，前注〔1〕，页183，249；Mair，前注〔19〕，第11章。直到19世纪中叶，在英国，离婚只有经由议会法律才有可能。在罗马天主教国家，传统上，任何理由的离婚都不可能，尽管有时可以获得婚姻废除作为一种替代。

〔29〕 请看，例如，同上，页189；Pryor，前注〔12〕，页430。

〔30〕 请看，Barash，前注〔22〕，页295，308。

〔31〕 此外，由于初民社会中的妇女通常在家外从事某些工作（特别是农业工作），她们比现代社会中的许多妇女处于一种更好的养活自己的地位。

个协调的家庭。[32]如果这种协调在初民社会中相对不重要，用来生产这种协调的筛选装置也就会相对不重要，并且诸如聘礼这样粗糙廉价的筛选装置也许就是一个有效率的替代。[33] 更重要的是，正的相称性配对会滋生家庭之间的不平等，[34] 而这就可能破坏初民社会的均衡。因此，就聘礼并非非常有效率的、正相称性配对方法而言，这一事实也许并不是一个缺点，而是一个优点。

初民婚姻的相对不稳定性中另一个可能因素是，婚姻保险功能
190 的自身重要性比起它在以后的社会发展阶段要更小。这种保险功能来自这样一个事实，即配偶的健康程度与其他福利因素之间的相关性小于一。因此，由于婚姻有相互支持和帮助的责任，因此，婚姻就起到了一种健康保险、饥荒保险以及人寿保险的作用（如果一方配偶死了，就由另一方配偶照看孩子）。初民亲属关系责任的网络使这种特殊的保险形式不很重要，因此解除婚姻也就不那么昂贵了，至少不像在后来的社会发展阶段那么重要和昂贵，在后来的阶段，亲属关系责任已经退减，但市场和社会保险却还不普遍。从原则上看，婚姻的保险功能与协议离婚是相兼容的（但与单方离婚不兼容），因为一方配偶只有在自己放弃的任何婚姻之收益（包括保险）都得到完全补偿时才会同意离婚。然而，如果我们假定，在社会发展的这一中间阶段，要确认妻子是否自愿同意离婚的监督费用

---

〔32〕 请看，Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior* 225 - 226 (1976).

〔33〕 当然，聘礼对新郎的亲属来说并不廉价，但对整个社会来说是廉价的，因为它只是在两个亲属关系群体之间的转移支付。一个群体的损失就是另一个群体的收益。注意，在那些聘礼以牲畜或其他某些可食用物品表现出来的地方，聘礼服务了一个附带的目的，即诱使人们积累这类产品，而这种积累反转过来又提供了一种重要的饥饿保险。请看，Marguerite Dupire, "Trade and Markets in the Economy of the Nomadic Fulani of Niger (Bororo)," in *Markets in Africa* 333, 338 - 339, 359 (Paul Bohannan & George Dalton eds. 1962)，讨论了"储藏"牲畜作为保险。

〔34〕 请看，Becker，前注〔32〕，页 241。

非常高，[35] 我们就能理解为什么离婚要有理由甚或完全禁止离婚从总体说来也许是一种理性的社会措施。[36]

外婚制

要求男子在他的群体（通常是他的亲属关系群体）之外娶亲，这在大多数初民社会都是常规。与乱伦的禁忌不同，外婚制的原因似乎是文化的而不是基因的。显示了这一点的事实是：（1）外婚制的规则在不同文化中差别很大，有些文化鼓励内婚制，但没有哪个文化鼓励乱伦；（2）外婚制的规则常常禁止与基因上相当遥远的亲戚以及有时甚至是非亲戚（即这一亲属关系群体收养的成员）结婚，但是外婚制的规则并不一定禁止某些有乱伦嫌疑的结合（例如，一个男子同自己姊妹的女儿结合），尽管这种结合是与该部落的乱伦禁忌相违背的；并且（3）这种乱伦禁忌不管有无婚姻都禁止性交，而外婚制只是对婚姻的一种限制，而不是对这类性交的限制。 191

因此看来，对外婚制只能作一种文化的解释。当亲属关系责任超出了相互婚娶的群体之间的界限时（这种情况经常发生），外婚制起到了一种保险功能。因此，在父系制度中，一个男子并非自己母亲的亲属关系群体的成员，他也许还是可以请求母亲的亲戚给自

---

〔35〕为了迫使妻子“同意”离婚，丈夫可以让妻子无法忍受生活。确定是否自愿很难，这就是为什么在后来的法律制度演进中趋于出现了基于心灵状态的法律标准的理由。

〔36〕严格的离婚法律减少了婚姻的不稳定性，因此以另一种方式增加了婚姻的保险功能。这些法律增加了作为相容性而筛选预期婚姻伴侣时作出最佳投资，因为当无法获得离婚时，不相容的成本会更大。

已以帮助。[37] 因此，外婚制扩大了这种保险的基金（pool）。在每个亲属群体都驻扎在一个小区域里（这很常见）、外婚制因此可以使风险在地理上多样化的地方，这一后果尤为重要。外婚制还便利了贸易和结盟，它在家庭之间和村庄之间建立了个人性的关系。最后，当某个亲属群体的成员对另一亲属群体的成员造成了伤害因此进行报复时，外婚制也许还会减少这种报复的残忍程度。

侵权的严格责任制度

现代社会的侵权法包括了各种各样的偶然的和故意的伤害：杀
192 人、伤害、侵犯财产、诽谤等等。一般说来，只有当伤害是故意或过失造成的才会施加责任。如果合乎情理的细心也不可能避免事故，就不存在事故的责任。故意伤害他人者也许会有罪于刑法，也有罪于侵权法。初民法律处理这类伤害的典型方式（但也并非千篇一律）与现代社会的处理方式非常不同，这种典型方式可以概括为下列命题：[38]

1. 几乎全部镇慑的负担都由侵权（私）法承担。初民社会中

---

〔37〕 请看，例如，Robin Fox, *Kinship and Marriage: An Anthropological Perspective* 132 – 133 (1967)，讨论了"互补型分支"；Daryll Forde, "Double Descent among the Yako," in *African Systems of Kinship and Marriage*，前注〔20〕，页 329.

〔38〕 除了前注〔1〕中列举的资料来源外，还请看，L. T. Hobhouse, "Development of Justice," in 2 *Evolution of Law* 128 (Albert Kocourek & John W. Wigmore eds. 1915)；Richard R. Cherry, "Primitive Criminal Law," 集于，同上，页 122；Austin Kennett, Bedouin Justice, ch. 6 (1925)；T. P. Ellis, *Welsh Tribal Law and Custom in the Middle Ages* (1926)；David Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law: A Historical Case," 8 *Journal of Legal Studies* 399 (1979)；Marc Bloch, *Feudal Society* 123 – 130 (L. A. Manyon trans. 1961)；Sally Falk Moore, *Law as Process*, ch. 3 (1978)；*The Lombard Laws* 7 – 11 (Katherine Fischer Drew trans. 1973)。这里所讨论的某些问题在本书第 8 章中也有讨论。

没有刑法来惩罚诸如谋杀或偷窃这样的行为，[39] 因为那里没有国家；刑法，就我们所知道的而言，是公法的一个分支。

2. 对于不公行为的救济手段演化是从报复到赔偿。侵权的最早救济手段——报复，这常常会导致一种世族复仇——很快产生出一种赔偿制度，由伤害者或其亲属向受害人或其亲属支付（血财、和解偿还、慰藉金［wergeld］*）。最初，接受赔偿是选择性的，并且也承认对伤害者实施报复的权利。但是后来，接受赔偿而认为报复不合规矩就变成了习惯性的了；从整个社会的角度来看，赔偿是比报复更为便宜的一种救济手段，因为它只涉及一种转移支付，而不是摧毁某个人或他的财产。就像前面一样，我并不把这种从报复到赔偿的过渡归结为理性的增长、嗜血性的衰微或其他认为初民们和现代人之间在智力或偏好上有根本性差异的因素，而是简单地归结为财富增长了。伤害者及其亲属一定要有足够的、超过他们生存需要的大量物品，使他们能够支付自己伤害的其他人，否则的话，赔偿制度就不可能运作。[40]

对人身伤害或死亡的惟一制裁应当是支付货币赔偿金，这种观点与经济学理论是一致的。犯罪的经济学分析建议，相对于现代刑罚制度的监禁和其他非货币的惩罚而言，应更多依赖罚金，理由是，从社会的观点来看，罚金是一种更为便宜的惩罚。一项罚金只是一项支付的转移，而监禁则涉及到资源净消耗，包括被告在监禁 193

〔39〕 但请看本文后面有关刑法的部分章节。

* 古日耳曼法和英美法中为避免世仇，根据受害人地位而规定的凶手应付给受害人家属或主人的赔偿金，此处采用了部分音译。——译者

〔40〕 因此，在某些社会中，如果一个伤害者不能支付慰藉金，就允许他给出一个孩子作为替代。请看，Diamond，前注〔1〕，页 265.

在世仇和赔偿之间的阶段是决斗，这是一种救济手段，它使决斗中花费的资源更为经济。请看，Redfield，前注〔8〕，页 9。在初民责任法中，决斗与世仇的关系就如同家庭法中倒插门婚姻与俘获婚姻的关系

期间放弃的合法生产。[41]应当明确，依赖货币性制裁只有在某些条件下才可行；我们会看到在多大程度上，这些条件见之于初民社会。

3．责任是集体的。如果一个人伤害了另一个人，在社会发展的报复阶段，受害者的亲属对受害者承担着义务，他们只有杀死或伤害了伤害者或伤害者的某个亲属才能完成这种义务。在赔偿的阶段，如果伤害者本人不能或不愿赔偿，那么伤害者的亲属就一定要提交所要求的赔偿。如果无论是伤害者本人还是其亲属都不支付所要求的赔偿，那么，因为他们拒绝赔偿，受害者的亲属就有义务对伤害者（或他的亲属）实施报复。

在强制实施初民侵权法中，亲属群体的这种重要性来自当时没
194 有有效的政府，当以报复相威胁是对不当行为的惟一镇慑之际，很重要的一点就是这种威胁一定要可信，而如果潜在的报复者只有一个，这种威胁常常就不那么可信。即使在赔偿取代了报复以后，也还是一定要有一种可信的报复威胁作为背景来强制赔偿的支付。除了要有一个风险基金外，需要保持一种令人可信的报复能力，这就是为什么在初民社会人们认可的亲属群体要大于其在现代社会的另一个理由。

集体责任原则——与现代社会是如此不相容——在初民社会的条件中也许是有效率的。杀人者的任何亲属都是受害人之亲属因受害人之死而进行复仇的公道对象，或者，在社会发展的后来阶段，如果杀人者没有付清他应当支付的赔偿，杀人者的亲属就要对受害人的亲属集体负责，这一事实使亲属们有一种激励来监管这个杀人者的行为。亲属们也许会决定自己来杀死他，以避免自己的危险。

---

[41] 请看，Gary S. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach," 76 *Journal of Political Economy* 169 (1968); Richard A. Posner, "Optimal Sentences for White Collar Criminals," 17 *American Criminal Law Review* 409 (1980).

他们也还有一种利益清除自己当中的潜在杀人者，以便避免假如他们包庇了某个杀人者可能招致的报复或赔偿的费用。[42] 因此，报复的最初目标也许不是杀人者，这一点并没有减少制裁最终还是会落到杀人者身上的可能性，而是增加了这样的可能性，即杀人者的亲属有了一种激励，要"把杀人者主动交出去"。[43] 集体责任是另一个很聪明的设置，就像否认私隐一样，通过这个设置，初民社会为自己所缺乏的公共调查机构创造了一些替代。[44]

4．真正相关的集体是亲属群体。前面的讨论都假定初民社会侵权体系中的集体权利和义务都应当是亲属关系的权利和义务。现 195
在必须考察一下这一假定。为什么我们并没有看到自愿的群体，例如罗伯特·诺齐克讨论的保护性联合体，[45] 看到的只是亲属关系的群体呢？首先，在成员相对同质化并（由于亲属关系群体的保险功能）已经结合成一个权利义务互惠体系的地方，可以推定，把一大群追求一些共同目的的人们组织起来的交易费用是比较低的。自卫只变成了这些权利和义务中的一项。其次，运用亲属关系作为组织原则也会限制自卫群体的大小。一个纯粹自愿的保护性联合体体系会很不稳定，因为任何联合体在克服内部的合作和控制问题后所获得的重大收益会使这个联合体增长到令任何其他联合体都黯然失色的地步。这样一个联合体就会变成国家。这就是为什么预期在一个

〔42〕 请看，例如，Barton，前注〔1〕，页 244；Diamond，前注〔1〕，页 264－265；Moore，前注〔38〕，页 120；Reid，前注〔1〕，页 83－84；Wagner，前注〔20〕，页 218－219。

〔43〕 现代法律中也有类似的情况。例如，依据上峰负责（*respondeat superior*）的原则，雇主要对雇员在雇佣活动中造成的侵权行为负责。对这种责任的（经济学）解释是，这种责任使雇主有动力监督雇员的行为。请看，Richard A. Posner，"A Theory of Negligence，" 1 *Journal of Legal Studies* 29，42－43（1972）。

〔44〕 参见，J. C. Vergouwen，*The Social Organization and Customary Law of the Toba－Batak of Northern Sumatra* 365（1964）。

〔45〕 请看，Robert Nozick，*Anarchy，State，and Utopia* 118－119（1974）。

没有有效政府而勉强存活的社会中，自卫是亲属关系的一种责任的理由之一。第二，当一个个体受到伤害或是被杀，这一伤害行为所伤害的是这一公认的亲属群体的所有成员，因为他们对受害者的收入都有主张权，而现在减少了这一收入。因此，他们都是名正言顺的原告方。

那么，什么样的亲属关系对法律强制实施最佳呢？请比较一下单系制度（例如父系制）和双系或同系制度。在父系制度中，一个人的亲属群体包括了他的男性这一条线下来的特定几代亲戚。这一体系自动地把每个个体都分派到一个并不重叠的亲属群体中。而在一个同系亲属关系群体中，一个男子对于他在男性和女性这两条线上的亲戚来说都是亲属，并不产生一个无重叠的亲属关系群体的整齐格局。这就给如何使用这一群体为法律强制实施分配集体责任带来了一些问题。[46] 如果甲杀害了自己妻子的一个亲戚乙，那么，在一个父系制度中，乙的亲属关系群体就不包括甲，且乙的亲属关系群体有义务对甲或甲的亲属采取行动。但是在一个同系制度中，甲和乙就成了亲属，就没有明确的基础对甲采取行动了。[47] 在非洲部落中，这种赔偿制度就基于父系亲属群体之上，并且很稳定。

就像在上一章提到的，从保险的立场上看，父系的亲属关系群
196 体并不理想。当这种群体的成员都生活在一个村庄时（而这很常见），成员的财富可能有很大的共变关系。带有补充性分支的外婚制，或者是对外戚的某些类似的责任概念，就提供了一个解决问题的办法。这一保险原则就扩大了，就包括了生活在不同地点的诸多群体，因此，财富共变关系也更低一些，但是就法律强制实施的目的来说，这个亲属关系群体仍然很突出。

5. 有精确的明细表规定了杀人和其他伤害的赔偿。例如，习

〔46〕 请看，Fox，前注〔37〕，页 47－49、150。

〔47〕 请看，Bloch，前注〔38〕，页 137－138、142。

惯法会明确规定杀死一个自由人必须赔偿40头牲畜，杀死一个奴隶则必须赔偿20头，弄瞎一只眼睛必须赔偿两头，等等。[48]在初民法律中，这种格局非常普遍，与现代侵权法的格局非常不同。在现代侵权法中，损害赔偿以个案中的个体为基础进行测度。在社会发展的某个阶段，受害人亲属可以接受也可以不接受赔偿；因此，这就很容易看清为什么，在多方交易中，无论对哪个亲属群体的成员来说，都更情愿接受一种固定赔偿额度　即使是当接受赔偿成为义务时，由于一个个地确定赔偿额的信息费用很高，因此，坚持这种固定赔偿额，对初民社会来说，也许仍然是一种最佳的方式。

完全依赖金钱赔偿看上去也许很成问题，理由是初民社会中有许多人一定很贫困，支付不起这个社会中相当于一条生命价值的金 197
钱总量，即使是由于人们的预期生命很短，因此这种价值颇低时也支付不起。然而，集体责任原则使这一社会确定了一个高于个人平均支付能力的赔偿水平，因为个体的亲属要对判决的债务负责。[49]即使偿付能力的限制会把货币性惩罚的有效严厉程度降低到在报复阶段施加的肉体惩罚的严厉程度以下，但这并不能得出违法者的预期惩罚成本更低了的结论。因为，尽管惩罚的严厉程度更小了，但是施加惩罚的概率则更大了，因为，除了复仇以外，赔偿给了受害人（或者是受害人本人——如果他活下来了）的亲属一种激励，他们更想惩罚伤害者了

以上我一直都假定如果罚金与违法的费用相等，那么罚金就是一种充分的镇慑。然而，如果惩罚的概率低于一，那么就一定要提高罚金，以便保证预期惩罚费用同违法的费用相等。由于初民社会

〔48〕 请看，例如，Diamond，前注〔1〕，页58－59，65，66，269－270；Howell，前注〔1〕，页70；Charles Dundas，"The Organization and Laws of Some Bantu Tribes in East Africa，" 45 *Journal of Royal Anthropology Institute* 234，279－283（1915）

〔49〕 这还是类似于现代的侵权法原则——"上峰负责"。请看，Posner，前注〔43〕。

没有警察，也没有其他的公共调查机构，也由于不管怎么说初民社会的信息费用一般都很高，因此，我们也许可以预期，初民社会的惩罚概率会很低，因此，最有效的"血财"就会非常高。然而，看上去初民社会的惩罚平均起来并不高于现代社会，[50] 惩罚的概率很高，[51] 并且犯罪率——当可能比较时——看上去与发达社会的犯罪率大致相当。[52] 有一些因素补偿了警力以及相关的公法强制实施制度的不足：

a. 缺乏私隐，这就使不当行为难以掩藏。[53]

198 b. 集体责任原则给亲属关系群体创造了某些激励，激励他们辨识和清除那些显示出某些危险的犯罪倾向的成员。

c. 掩盖罪行的行为常常受到单独的惩罚。[54]

d. 宗教信仰常常阻止了人们掩盖罪行。[55]

e. 初民社会中普遍的"社会保险"减少了偷盗犯罪的收益，并因此可以推定，减少了偷盗的发生。如果我可以自由地从亲

---

〔50〕 特别是在赔偿已经取代报复作为典型制裁方式的地方。有关的某些证据，请看，Friedman，前注〔38〕，附录 I

〔51〕 请看，Gulliver，前注〔1〕，页 127－134。

〔52〕 请看，African Homicide and Suicide 237，256（Paul Bohannan ed. 1960）.

〔53〕 又请看本书第 6 章中的注〔5〕.

〔54〕 请看，Diamond，前注〔1〕，页 63－64，76.

〔55〕 例如，无论是同你杀死的那个人的亲属还是同杀死你亲属的凶手一块儿吃饭，都会被认为不吉利。如果你杀死了一个陌生人，你就不知道他的亲属是谁。要能够保证从来不同这样的人一块儿吃饭，惟一的方法就是公开宣布你的行为，因此受害人亲属会回避同你一起吃饭。请看，Burton，前注〔1〕，页 241；Gluckman，*The Ideas of Barotse Jurisprudence*，前注〔1〕，页 219。在另一个社会中，人们相信，一个人在杀害某人之后不服从一个（公众的）清洗仪式，他就会浑身发痒，他会一直搔痒到死亡。请看，Goldschmid，前注〔1〕，页 97。诱使凶手暴露自己身份的这些装置就特别重要，因为，如果人们不知道凶手的身份，就没有基础使他的亲属关系群体的集体责任进入舞台，也就没有人知道要为此负责的群体的身份

> 属那里拿到我需要的食物，并且禁止我“储存”多于自己需要的食物，那么，偷窃食物就毫无意义，除非是我的亲属或任何我可能向他乞讨的人都没有任何剩余的食物。在许多初民社会中，事实上，偷盗看来都不是重要的犯罪。[56]

惩罚的高概率与不很严厉的惩罚相结合，这从经济学上看，很有道理，因为高概率的惩罚与很严厉的惩罚相结合没有道理。至于这种结合是否最佳，这则是另一个问题。经济学的分析显示，低概率的惩罚与非常严厉的惩罚相结合常常最佳，因为，只要是收取罚金或赔偿金的费用很低，惩罚概率的降低（这可以节省用于调查和起诉的资源）就可以以很低的费用通过对被抓获的（少数）违法者加大惩罚的严厉性来补偿。[57] 然而，在初民社会的条件下，即使暂时不考虑人们有无偿付能力的问题，这种低概率加高严厉性的方式也不是最佳方式。与惩罚的高概率与低严厉性相结合的体系相比，低概率加高严厉性的方式会增加惩罚的差别；对于那些回避风险的人来说，这种差别或风险就是一种费用；而初民社会中盛行的保险制度安排显示出，当时的社会成员就像现代人一样确实是回避风险的。在初民社会中，高严厉性加低概率的惩罚体制中的这个风险因素会格外突出，因为初民侵权法的基础是严格责任原则。这意味着人们只是行为小心谨慎并不能排除受惩罚的风险。 199

6．严格责任制。严格责任是初民社会对造成死亡或伤害之行为的正常回应。如果一个人伤害了或是杀死了另一个人，即使是在一个无法以恰当的细心予以避免的事故中发生的，他也一定要对受

---

〔56〕 请看，Diamond，前注〔1〕，页 222　然而，这种表面现象，在某种程度上，也许是初民社会中众多财产都具有共同性产生的一种人为：这种损失对于任何一位共同所有者来说都太微不足道了，不足以让他以强有力的努力来捕获和惩罚偷窃者。

〔57〕 请看，Becker，前注〔41〕。

害人或其亲属支付赔偿。在某些初民法律制度中，如果是事故造成了死亡或伤害，规定的赔偿会比较低，但在其他一些社会则不这样，而是无论伤害者有无现代侵权法意义上的"过错"，几乎都必须支付某些赔偿。[58]

在选择以严格方式还是以过错方式来处理责任时，经济学文献辨识了在初民环境下也许相当重要的与这种选择有关的四个因素。[59] 首先是信息费用。要确定有没有过错，费用会更高，因为这会涉及到考察更多的因素，而不仅仅是确定被告是否伤害了原告。

其次的因素是可避免的伤害与不可避免的伤害的比率。[60] 如
200 果这一比率非常低，严格责任规则就不那么吸引人，因为它要求采取很多昂贵却没有资源配置效果的法律活动。给不可避免之伤害的受害人大量损害赔偿，这样一个判决的威胁不可能影响潜在伤害者的行为，因为在这样一种情况下，依据定义，判决的费用就低于避免事故的费用。

第三个因素是受害人自己避免事故的费用。严格责任把避免事故的责任从潜在的受害人身上完全转移到潜在的伤害者身上了。如果我们可以确信，受害人不可能以低于伤害者的费用来避免这一伤害，那么我们就无须操心严格责任是否会减少潜在受害人以低于最佳水平的费用来避免事故的动力，或者我们也无须担心，在处理那

---

〔58〕 Moore，前注〔38〕，页 93－94，曾质疑，就严格责任与过错责任而言，初民社会和现代社会之间有多大反差，她注意到现代社会中有许多严格责任的例子。然而，她看起来并不质疑下面这个命题，即严格责任在初民社会要比在现代社会中更为普遍。初民社会严格责任的一个极端例子是，在荷马社会中，根本不区分过失杀人和故意杀人；两者罪过是同样的。请看，A. W. H. Adkins, *Merits and Responsibility* 52－53 (1960).

〔59〕 请看，Posner，前注〔16〕，页 137－142，441－442。

〔60〕 "可避免的"伤害指的是可以以低于预期伤害费用之费用予以防止的伤害。在这一意义上，无论是一个故意还是一个过失造成的伤害都是可以避免的伤害。

种受害人避免风险更为廉价的案件时，是否必须有一个共同过失的辩解来补充严格责任。

第四个因素关系到保险对于伤害者和受害人的相对费用。严格责任使伤害者成了受害人的保险人。比起责任体制来（在这种制度下，受害人只有在伤害者有过错时才能对伤害者提出权利主张，这就会诱使受害人购买保险），这也许是，也许不是一种更为便宜的保险方法。

所有这四个因素都显示出，在初民社会中，严格责任也许比过错责任更有效率。

在一个既缺乏职业司法部门，也缺乏对自然界运转规律的明确理解（尽管向相反方向推进的一个因素是初民社会更为简单的技术）的社会中，审理案件出错的代价可能会很高。由于对自然现象缺乏明确的理解，一位初民社会的裁断者常常很难区分故意和过失的（且不说区分过失的与不可避免的）行为。[61] 假定甲和乙都参加了同一个集体狩猎。他们对一只野猪都射出了箭，但是甲的箭偏离了野猪背，击中了乙。这看起来像是一个事故，但是甲也许是说了一个咒语，因此引出了这个“偶然的”结果。初民社会的裁断者无法马上拒斥这样的可能性。 201

应当明确，不确定性也许同样会把规定的因果责任搅乱。这也许可以解释古代法律的一个奇怪规则，即违法者当场抓获要比后来捕获惩罚更严厉。[62] 对这一规则通常是作心理学解释：过了一段时间之后，受害人及其亲戚对违法行为的复仇感不那么强了。[63] 却也还可能有一种经济学的解释。通过事后调查捕获的人，出错的

〔61〕 请看，例如，J. Walter Jones, *The Law and Legal Theory of the Greeks* 261 (1956); Roberts，前注〔1〕，页 46，108－109。

〔62〕 请看，Diamond，前注〔1〕，页 78；Maine，前注〔1〕，页 366。

〔63〕 请看，同上，页 367。

概率更大，因为如果人们不是当场看到了行为和伤害，就很难确定因果关系。因此，当违法者不是现场抓获时，减轻惩罚是一种减少无辜者承担惩罚成本的方法。

初民社会广泛使用了一些不容否认的事实假定，这进一步证明了初民社会中确认事实的费用很高。例如，在某些部落，一位男子和一位女人单独在一起，不论时间有多短暂，都被当作发生了性交的结论性证据。[64] 在另一个部落，如果婚外性交发生在居住区并且无人听到妇女喊叫，就会结论性假定她的强奸指控不能成立。[65] 初民法律对严格责任的依赖也许同样有信息费用太高的道理。

这一分析也许还可以解释，为什么在某些社会中，如果被杀者
202 是杀人者的亲属关系群体成员之一，杀人者就不对这一杀人承担责任。[66] 这个无责任规则与严格责任的规则很相似，后者打发了如何确认动机、义务和细心这样一些精细的问题。这里有一个假定，即在家庭内部杀人可以成立，比方说，要除去一个可能使家庭连累受报复或承担责任的杀人者，规定了这些假定不容辩驳，就避免了事实确认上的高昂费用。[67]

第二个因素与选择严格责任或过错责任有关，也与可避免的同不可避免的伤害之比率有关；在初民社会的条件下，这个因素也还是导向了严格责任。从人类学家的报道来判断，在初民社会中由人造成的大多数严重伤害都是经济学意义上的可避免的伤害，事实上大多数都是故意伤害。因此，严格责任规则很少会只是转移了损失

〔64〕 请看，Max Gluckman, *The Ideas in Barotse Jurisprudence*，前注〔1〕，页223。

〔65〕 请看，A. L. Epstein, "Injury and Liability in African Customary Law in Zambia," in *Ideas and Procedures in African Customary Law* 292, 300 - 301 (Max Gluckman ed. 1969).

〔66〕 请看，例如，Goldschmidt，前注〔1〕，页91，98，107 - 108。这个结果也还可能仅仅是由于初民法律强制实施的亲属关系基础而出现的。

〔67〕 此外，在一个家庭内部杀人（或伤害）案中，由于保险的原因，责任也没有必要——受害人和他的家庭都已经有权要求亲属予以协助。

而没有带来一种资源配置的收益，因为伤害者避免伤害的费用很少会超出预期的伤害费用。

故意伤害者的比例很大，这还显示了，对于受害人来说，避免伤害的费用要比由伤害者避免的费用更高（尽管无疑，许多导致了伤害的交手都涉及某个可避免的挑衅因素）。在这些情况下，所有的费用都由伤害者承担，这是有效率的，而严格责任规则做的就是这一点。

最后的因素是保险，它与前两个因素有某些紧张关系。如果所有按照严格责任规则处理的事故都是应受处罚的（也就是说，即使依据过错责任，也会有责任问题），那么严格责任就没有提供额外的保险。但是，支持严格责任的理由仍然无可辩驳：在对伤害者施加责任起不到资源配置作用的地方，由于确认过错的费用不会起到筛选掉某一类事故的作用，因此从一种社会的观点来看，确定一个过错所涉及的费用就完全是一种浪费。假定初民社会中有相当一部分事故都不是因为过错造成的，那么，这个严格责任制度就起到了一种温和的保险功能，超过了过失责任制度可能提供的那种保险功能。当然，严格责任制度究竟是否一个有效率的保险机制，这完全取决于伤害者是否是比受害者更好的保险人。无论哪种条件能够成立，回答都会是肯定的。首先，如果伤害者平均看来要比受害者更为富裕，从保险的立场上看，由伤害者承担责任的制度就有道理（这里假定的是效用函数与财富无关）。有可能，伤害者平均说来要比受害者更为富裕，因为那些更强壮、更好动、有更多狗、牲口和工具的人更有可能是伤害者而不是受害者（我这里谈的纯粹时是偶然的事故伤害）。第二，如果赔偿并不完全充分，那么由伤害者承担责任的制度起到的作用就是在伤害者和受害者之间划分损失，而 203

不是把损失从受害者身上完全转移到伤害者身上。[68] 就严重伤害而言（从保险的立场上看，这种伤害才是相关的），根据我们社会的证据是，给予受害者的损害赔偿是不充分的，[69]而在初民社会，情况可能也是如此。

刑 法

我前面已经说过，初民社会没有刑法，因为那里没有国家，但这种说法有点过头。即使是那些没有任何政府机构的社会也常常把一些行为——主要是巫术和乱伦——视为对该社会的冒犯，应受到惩罚，哪怕是受害人本人或他的亲属没有对侵犯者采取行动。[70] 在乱伦这样一种“无受害者”案件中，实行公共制裁的理由看起来是很清楚的，因为它对社区非常有害。也许巫术被认为是这样一种做法，由于它的潜在危害性很大，侦察起来也有难度，因此对它的制裁理应比普通杀人案和伤害案中使用的赔偿性救济更重。

204 随着国家的兴起，刚才提到的那种严格意义上的刑法——即一种与赔偿体系分立的惩罚体制——趋向于扩展开来了，包括了谋杀、殴打、偷盗以及其他我们常规视为犯罪的行为。[71] 为什么最高统治者要把针对某个私人公民的暴力行为视为对自身的冒犯呢？一个可能的理由是，最高统治者实际上是向公民们出售保护，交换

〔68〕 有一个部落把事故的费用在伤害者和受害者之间平均分配。请看，Rasanovsky，前注〔1〕，页 146－147。

〔69〕 请看，U. S. Dept. Transportation, *Motor Vehicle Crash Losses and Their Compensation in the United States* 90 (1971); Alfred F. Conard et al., *Automobile Accident Costs and Payments* 178－179 (1964).

〔70〕 请看，例如，Diamond，前注〔1〕，页 260。

〔71〕 请看，同上，页 74－75，85，92，273，293

他所征的税。但是这种说法忽略了这样一个事实，即这些公民已经受到赔偿制度的保护，并且根据前政治社会的证据来看，这种保护也还不差。一个更坚实的、基于经济学理论的理由是，杀人或伤害减少了最高统治者从受害者那里可能征收的税入，因此给最高统治者增加了一种费用。这个最高统治者在他的臣民中有一种利益，而这些减少臣民财富的行为损害了这种利益。纯粹私人的赔偿体系没有考虑到这种经济利益，因此最高统治者建立了一个刑事惩罚体系，作为内化这种外在性的一种方法。

在结束这一章时，我要讨论两个一般性的问题。首先，如果真的如同我论辩的那样，初民社会的法律和其他社会制度都是经济理性的或是有效率的，那么是什么机制推动着初民社会获得了这一令人吃惊的结果？[72]如同我们在第4章看到的，关于英美普通法有效率这一发现，也出现过这样一个问题，并且在那个语境中，这个问题也远没有最终解决。但是要解释清楚为什么在初民社会中效率有重大的社会生存价值要比解释清楚它对于我们的世界有重大价值更容易一些。有效率的社会要比没有效率的社会更为富裕——这就是效率的含义，并且富裕的社会会养活更多的人口。这种更为富裕的后果在初民社会之间的竞争中可能具有决定性意义，因为在初民社会，战争的方法很简单，人口的数量要比在现代社会更起作用。因此，那些足够持久因此留下了大量文献或考古遗迹的古代社会，那些足够持久因此一直存活到19世纪（这时，开始了严肃的人类学研究）的初民社会，就很可能是它们的习惯很有效率的社会。

205

〔72〕这并不令所有的人类学家惊奇。请看，例如，Manning Nash, *Primitive and Peasant Economic Systems* 49 (1966)。我还要再次强调，认为初民们都是经济理性的，我并不是对他们的意识状态作出任何陈述。对于一个经济学家来说，理性的行为是一个后果的问题，而不是意图的问题，并且在这一方面，理性行为更类似传统人类学家的功能概念。请看，例如，Radcliffe Brown，前注〔20〕，页62，83；A. R. Radcliffe – Brown, *Structure and Function in Primitive Society: Essays and Addresses*, ch. 9 (1952)。

一个额外的因素是，根据其定义，初民社会就是有很长时间来调适顺应自己的环境的社会。可能发生这种调适顺应的时段之长短取决于环境变化的速率。如果这一速率非常缓慢，社会就有足够的时间演化出有效率的适应性变化。

然而，很明显，初民社会的均衡，至少从长期来看，不如发达社会的均衡有效率；只要想一想今天在初民社会中生活的世界人口比例很小就行了。这种境况部分是由于发达社会的强迫造成的，而不是和平竞争的结果（非常强烈的一个例子就是北美印地安人），但是，也许更大的部分是由于初民社会对其经济环境的调适性回应。这些回应包括了像否认人们私隐和不让他们积攒财富这样一些做法，而这些做法都不利于经济进步，进而不利于人口的增长。

这就把我带到了我的第二个基本点。一个社会的制度是否有效率，或是否——用相应于本书第一编的术语——是财富最大化的？这样的评价取决于你认为什么因素是外生因素（也就是说，把什么视为是社会制度不能改变而必须尽可能予以适应的因素），以及什么因素是内生的因素（也就是说，什么是可能通过制度选择予以改变的因素）。在分析普通法是否有效率时，分析者都一贯把政制的（constitutional）和制定法的制约以及诸多社会经济制度这样一个相当重要的背景当作固定的，并提出问题：普通法是否有效率地适应了这个背景。例如，兰德斯教授和我就曾论辩说，在有复杂细致的
206 陆上援救服务公共基础设施的条件下，有关非海事救援的普通法规则是有效率的，但是，可以想像，人们可以设计出一个更有效率的体制，由一些不同的普通法原则构成，同时伴随着一个由诸多公共服务机构组成的不同格局。[73]类似的情况是，如果把高昂的信息费

[73] 请看，William M. Landes & Richard A. Posner, "Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism," 7 *Journal of Legal Studies* 83, 118－119 和注〔88〕(1978)。

用当作初民环境的不可改变的一部分。那么，这一章以及上一章描述的初民制度就可能是有效率的；但是一些不同的制度也许会使初民社会能够克服高昂的信息费用，并迈向更有效率的层面。我认为，一个人可以很有意义地谈论普通法以及初民社会的相应制度很有效率，同时又承认替代的制度安排也许会更有效率。

▼
▼
▼

第八章

报应刑以及一些相关的惩罚概念

这一章将考察几个主要与初民社会和早期社会相联系的、相关
207 的惩罚概念。惩罚的报应刑概念如下：

> 惩罚正当化的基础是枉行（wrong）应受惩罚。一个人做了坏事，他就应当按照他的罪过成比例受苦，并且恰当的惩罚严厉程度取决于其行为的堕落程度，这在道德上是相称的。枉行者受惩罚的状态在道德上要优于他不受惩罚的状态；并且不论惩罚他引出的后果如何，这种状态都更好。[1]

---

[1] John Rawls, "Two Concepts of Rules," *Philosophical Rev.* 3, 4 – 5 (1955). 类似的定义，请看，A. C. Ewing, *The Morality of Punishment* 13 (1929)；至于对报应刑理论的含义和伦理基础的其他讨论，无论是支持者还是反对者，请看，K. G. Armstrong, "The Retributivist Hits Back," 70 Mind 471 (n. s. 1961)；Max Atkinson, "Justified and Deserved Punishment," 78 *Mind* 354 (n. s. 1969)；Sidney Glendin, "Plausible Theory of Retribution," 5 *Journal of Value Inquiry* 1 (1970)；H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility* 230 – 237 (1968)；Donald Clark Hodges, "Punishment," 18 *Philosophy & Phenomenological Research* 209 (1957 – 1959)；John Kleinig, *Punishment and Desert* (1973)；John Laird, "The Justification of Punishment," 41 *The Monist* 352 (1931)；Herbert Morris, "Persons and Punishment," 52 同上, 475 (1968)；C. W. K. Mundle, "Punishment and Desert," 4 *Philosophical Quarterly* 216, 221 (1954)；Lisa H. Perkins, "Suggestion for a Theory of Punishment," 81 *Ethics* 55 (1970)；John Plamenatz, "Responsibility, Blame, and Punishment," in *Philosophy, Politics & Society* 173 (Peter Laslett & W. G Runcimann eds. 3rd series, 1967). 对报应刑方法的一个生动辩护，请看，C. S. Lewis, "The Humanitarian Theory of Punishment," in *Theories of Punishment* 301 (Stanley E. Grupp ed. 1971). 我所知道的对报应刑作经济学分析的只有一种文献，Donald Wittman, "Punishment and Retribution," 4 *Theory & Decision* 209 (1974). 威特曼论辩认为当代刑法的许多特点都反映了持续的报应刑概念。

在法律和哲学中，这种报应刑观点的历史很漫长。它见于早期罗马法的同态复仇法（*lex talionis*）、《旧约全书》中的“以眼还眼”（并且也是《古兰经》中一个几乎完全相同的戒律）以及其他许多早期的法典之中，而它的哲学阐述者包括了伊曼努尔·康德。[2]

报复或复仇是惩罚，这样一个概念与报应刑的概念很类似，即把惩罚当作一种由侵犯者支付的赔偿，但差别在于前者是从受害者的立场看待惩罚。报应刑集中关注侵犯者的杜行，而报复集中关注的是受害者（或同情受害者的人）反击侵犯者的冲动。更为古典学学者和人类学家（相对于法律家和哲学家而言）熟悉的概念是“亲邻报应”（pollution）它是这样一种信仰，即如果侵犯者本人试图逃脱惩罚，惩罚会通过超自然的媒介降临于侵犯者的邻居或后裔。尽管有些报应刑者曾论辩说，一个恰当的报应刑概念会排除对除侵犯者以外的任何人施加责任，但报应刑的概念和亲邻报应的概念常常连在一起。例如，《旧约全书》就既宣告了侵犯者应以眼还眼以牙还牙地偿还债务，也宣告了父亲的罪孽将降于其子。

208

从复仇到报应刑，以及其他

我们已经看到，报复之威胁是维系初民社会公共秩序的基本机制。在此，我想追问一下，一个个体或他的亲属关系群体的某个成员有什么激励或动力因杜行而实施报复？威慑可能是一个动机。受

---

〔2〕霍吉（Hodge，前注〔1〕）讨论了康德有关报应刑的观点。描述初民和早期社会实行的报应刑做法的文献非常广泛。一些例子是 Paul Bohannan, *Law and Warfare*（1967）处处；David Daube, *Studies in Biblical Law*, ch. 3（1969）；E. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man*（1954）处处。

害者或他的亲属关系群体对此刻的枉行实行报复的气势也许会影响未来他人侵略他们的概率。为什么复仇在初民社会是一个家庭责任？理由之一也许就是要把一个在相当长的未来都有重大威慑利益的实体带入这个强制实施的过程。

然而，在某些案件中，对于一个理性算计的个体来说，威慑也
209 许还不足以推动他花费各种资源来进行报复。例子之一就是，有时信息条件无法使预期枉行者事先了解受害者（或他的家庭）会如何报复。这里还是可能有报复的动机，尽管不是为了威慑：报复也许会从枉行者那儿得到什么有价值的东西，会收获独立于威慑之外的某种私人收益。我们在上一章就看到，初民社会也许会对枉行（包括诸如谋杀这样的刑事违法）规定金钱的或数量相当的赔偿，很像现代的侵权法；而之所以有这样的习惯，并且这些习惯之所以得以存留下来，一个重要的原因可能就是，这种赔偿推动了人们进行报复，强化了报复的可信性以及随之而来的公共秩序的可信性。但是，一种赔偿制度是否可行，这取决于枉行者（或，当遵循集体责任原则之际，他的家庭或村庄）拥有的财富是否与其枉行的严重性大致相称；在人类的大部分历史中，人们可能都没有足够的财富（至少是可转移的财富），因此无法推动受害者或其家庭为了获取赔偿而花费资源来实施报复。

还有一种情况，即使受害者清醒或仔细关注到了威慑问题，也还是不能推动他实施复仇，这就是实施复仇的费用少于*因减少了未来侵略的预期费用而获得的收益。侵略者也许有很好的保护，因此，如果复仇者想伤害他，必定要冒巨大风险，并且还有其他一些费用。或者，侵略也许已经使受害者和他的家庭非常贫瘠，因此镇慑未来人侵对他们来说已几乎没有什么价值了（已经没有什么东西

---

* 原文如此。从上下文来看，这里的“费用”一词应当是“收益”或“小于”应为“大于”。——译者

可以被偷了）。

在这些报复的收益低于费用的情况下，如果从个人的角度出发，报复看来也许是非理性的行为。然而，对于一个个体来说，事先就有一个众所周知（也许是从表现他的性格的姿态或举止中得知的）毫不动摇的、不会在每次受到侵略后都重新考察或改变的报复政策，这也许并非非理性。对侵略者来说这里有两种情况，一是他知道一旦受害者受到攻击就会报复、根本不重新分析成本收益，另一种是他知道受害者会估量报复的浅层成本和收益、对每个侵略活动作出"理性的"回应；相比之下，前一种情况会更有效地遏制侵略者的侵略。应当肯定，这种毫不动摇的报复政策成本会更大，但收益也会更大，因为，一旦侵略行径发生，报复就会发生，并且不论风险和其他费用。但事先看来，这种政策的收益也许会超过其损失。

这种政策的问题在于可信性。这个个体必须在某种程度上事先约束自己，即当他受到攻击时，他不能屈服于任何诱惑并因此采取机会主义的行为（即权衡当即实施报复的浅层成本和收益）。人们在其他许多背景中已经讨论过这种承诺的问题，[3]但初民社会并没有诸如可强制执行的承诺这种最常见的承诺方法。然而在初民社会的环境中，可能有这样两种承诺方法。一种是基因的。如果一种毫不动摇的报复政策会增加信守这一原则者的适存性（fitness），那么通过自然选择，就可能演化出不论侵略行为发生时的收益成本比而坚决报复的心理特征，这些特征使受害人处于一种无法冷静算计的巨大暴怒之中。第二种承诺方法是文化的，即一个人依据社会对"有种的人"（man of honor）的赞赏，随时准备对哪怕是最轻微的触

210

〔3〕 请看，例如，Thomas C. Schelling, *The Strategy of Conflict*, ch. 5 (1960); Richard A. Posner, "Gratuitous Promises in Economics and Law," 6 *Journal of Legal Studies* 411 (1977).

犯也予以报复。就像前几章提到的，这种文化特征在那些缺乏强有力公共执法机构的社会中要比在有这类机构的社会中更为突出。但这里的因果关系的方向可能是一个问题：也许正是因为这些社会中有这样一些高度个人化的、棘手的、容易上火的个人，因此这些社会才更难以建立和维持有效的公共机构。

这种不为得到赔偿也不为确立名声（这种名声可以威慑未来的
211 枉行）而就是要报复的欲望是一种负面的利他主义。受害者或他的家庭要对枉行实施复仇会有费用（包括人身安全上的风险），因为让枉行者受伤会增加复仇者的效用。然而，强调复仇后果对受害者的效用并不是想为报应刑提出一个功利主义的正当化理由。要提出这样一个正当化理由就必须是受害者（或其家庭）增收的效用超过了枉行者因受惩而减少的效用，并且，这里的测度问题也很难操作。我的观点仅仅是，要想使复仇者在得不到赔偿的情况下还有动力实施报复，那么复仇者一定要从他的行动中获得效用。

各种效用之间相互依赖，这在经济学中并不是一个新假设；家庭经济学的许多著述背后都有这样一个假定。[4]有点新意的是某些负面效用间相互依赖的假定。[5]但无论是哪种相互依赖，它最后的基础似乎都是生物学的。就像生物学家已经把家庭内的（正面）利他主义同基因的适存联系起来了一样（他们甚至使用了“家庭休戚相关”［familial solidarity］这样的术语[6]），因此他们已经察觉到，

---

〔4〕 请看，Gary Becker, "Altruism, Egoism, and Genetic Fitness: Economics and Sociobiology," 14 *Journal of Economic Literature* 817 (1976).

〔5〕 这也不是完全新颖的。经济学家有时就曾讨论过妒嫉。对家庭之内的妒嫉，新近的一个严格分析，请看，Gary S. Becker, "Altruism in the Family" (University of Chicago, Department of Economics, June 1979)

〔6〕 Donald T. Campbell, "On the Genetics of Altruism and the Counter – Hedonic Components of Human Behavior," 28 *Journal of Social Issues* no. 3, 页 21, 27 (1972). 又请看贝克尔（Becker, 前注〔5〕）文中的参考文献。

用报复来抗击侵略行为，这具有基因的存活价值。[7] 当按照报复时的浅层成本和收益来判断报复是“非理性”的时候，这种分析会更为复杂。但是即使在这里，也就像我们已经看到的，这个行为，如果不是孤立起来看，而是作为这个个体为坚持一项由基因设定的报复政策而支付的价格来看，该行为也许是理性的，也许会有助于人的存活。[8] 如果接受了这一点，那么，就很容易看到，不是就本人所受的枉行而是就家庭成员所受的枉行实施报复，这种自然倾向也许也有助于人的存活。

我们的基因构成中的复仇成分一直都是镇慑侵略行径的一个重要因素。核威慑就是以下面这样一个信仰为前提的，即一国领袖即 212
使在实施报复也不可能获得任何实在收益的情况下（即该国完全被摧毁）也仍然会进行报复。另一个例子是这样的信仰，即人们会结束欺骗过自己的人的贸易关系而不算计继续这些贸易关系的成本和收益，也就是不把这些成本视为积淀成本。新近有一篇论文指出，由于负面利他主义，一旦发现有欺骗，卖方就有可能失去同上当受骗的买方的未来交易。[9] 另一篇论文则声称：“尽管惩罚对方……对一种互惠关系来说也许并不符合某人的狭隘自我利益，因为中断关系也许会给双方都增加了某种费用，但是，对于一个人来说，今

---

〔7〕 请看，Robert L. Rivers, "The Evolution of Reciprocal Altruism," 46 *Quarterly Review of Biology* 35, 49 (1971); J. Hirshleifer, "Natural Economy versus Political Economy," 1 *Journal of Social & Biological Structures* 319, 332, 334 (1978). 赫希雷费尔（Hirshleifer）谈论了“由情感保证作出的反应性回应”，同上，页 332。

〔8〕 因此，特里弗斯（Trivers，前注〔7〕，页 49）就注意到，报复“常常看起来与所干的违法完全不成比例，甚至会为一些明显很小的矛盾杀了朋友。但是，由于这些小小不公道在一生中多次重复，也许会使相对适存力受到损害，因此自然选择也许会偏好那些在发现他人有欺骗倾向时表现出强烈的侵略行为。

〔9〕 请看，Benjamin Klein & Keith B. Leggler, "The Role of Price in Guaranteeing Quality" 35 n. 40 (n. d., Disc. Paper no. 149, U. C. L. A., Department of Economics)

人信服地采用这样的反应功能以最好地防止欺骗也许是理性的。"[10]这一陈述似乎是在讨论有意采取一种报复的姿态，但是如果这种报复的欲望有一种基因作为基础，那么是否有意就无关紧要了。

我在消费者案件中描述的那种"报应刑"，其真实的名称并不这样可怕，人们也并不称其为报应刑或复仇，而且也不视其与初民的或非理性的东西很接近。然而，人们却认为那些要求按照复仇的欲望来确定刑罚的人很残忍并且老脑筋。在这两种案件中之所以有这种不同反应，看来有两个原因。首先，我们依赖国家来实施刑法的程度要比我们依赖国家来保护消费者不上当受骗的程度要更大。尽管我们也有一个联邦贸易委员会，但是可能会失去未来的生意，这一前景本身就可能比受联邦贸易委员会处分的预期成本更能威慑欺骗消费者的行为。一直到19世纪，在很大程度上，刑事领域仍
213 然是私人性的。[11]但今天，把罪犯逮捕归案的主要责任都落在了文职人员身上，而不是受害者或其家庭身上。在法律实施中，私人的作用越小，复仇起的作用也就越小。受雇于刑事司法系统的警官和其他文职人员并没有急切的报仇心。他们拿工资就是要管理一个主要是基于威慑逻辑的刑事司法制度。应当明确，即使是一个公共执法体系在某种程度上也还要依赖"报仇心切的"受害者，以及有时是旁观者来协助警方。犯罪受害人很可能报警，也很可能在审判违法者时出庭作证，并且不计报酬，这一事实就是一个证据，表明了这种基因决定的、寻求报复的倾向还存活着，因为这时他合作不合作对镇慑未来伤害他的犯罪都不大会有重大效力。尽管如此，由于

[10] Benjamin Klein, Robert Crawford, & Armen A. Alchian, "Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process," 21 *Journal of Law and Economics* 297, 305 n. 18 (1978).

[11] 请看，例如，Douglas M. MacDowell, *The Law in Classical Athens*, ch. 4 (1978); 2 Leon Radzinowicz, *A History of English Criminal Law and Its Administration From* 1750 (1957).

复仇在刑事司法中的作用已经弱化了，因此，在刑事惩罚的语境中，复仇已逐渐被认为是一种陈旧的情感。

人们之所以拒绝以复仇观念作为今日刑法之基础，第二个理由是犯罪同惩罚的分裂，这种分裂是在受惩罚概率小于一的时候造成的。分裂的基础是一些很有道理的经济学因素，[12] 但也间接带来了一种后果，使对某个犯罪的惩罚——事后看来——比这个犯罪本身还为严厉。在惩罚比该惩罚所针对的犯罪更为严厉的制度中，如果有人想用受害人的痛苦与受惩罪犯的痛苦间对平等或相称来把这些惩罚正当化的话，那么，这种辩护听起来确实很残忍。因为，不知不觉地，他在倡导罪犯应受与该犯罪不相称的惩罚。当然，也还是有可能把这种不相称予以正当化，但正当化的基础不是报应刑。

这一难题在初民社会一般不会出现，因为初民社会有一些机制，会促使逮捕和惩罚的概率接近于一。有关赔偿能力和回避风险 214
的考虑因素也许——就像我们已经看到的那样——会使这一格局对初民社会来说为最佳。它的作用是使最佳惩罚在严厉性上与犯罪相等。这也许可以解释：为什么早期的报应刑理论家，诸如《旧约全书》和《古兰经》的作者，都把报应刑描述为犯罪和惩罚之间的一种对等。它也许可以解释：为什么传统上用支付债务来类比受惩罚。[13]在一个现代的惩罚体系中，犯罪的严重性与惩罚的严厉性之间不需要有精确对应；一个不那么严重的犯罪，但如果比较容易掩藏，那么它受到的惩罚也许会比一个更严重的犯罪受到的惩罚更为严厉。因此，用债务做类比就变得很牵强。

另一种更为复杂精细的看法是，不把报应刑视为受害者想复仇

〔12〕 本书第7章中关于严格责任的一节对此作了讨论。

〔13〕 请看，例如，Lucien Levy - Bruhl, *The "Soul" of the Primitive* 104 (Lilian A. Clare trans. 1928); Morris, 前注〔1〕, 页478; Friedrich Nietzsche, "*On the Genealogy of Morals*," *in Friedrich Nietzsche, On the Genealogy of Morals and Ecce Homo* 63 (Walter Kaufmann trans. 1967).

的后果，而是视为复仇的一个替代或限制。这种观点是，如果没有某些习惯的或法律的限制，人们对一个枉行作出的反应也许是对枉行者采取不相称的报复，导致枉行者或枉行者的家庭再反过头来报复这个报复者或报复者的家庭。要避免这样一个无穷无尽的伤害、报复和反报复的轮回（这是一个费用很高的控制侵略行为的体系），习惯也许会规定，报复者造成的伤害不能比枉行更为严重（因此，只能是以牙还牙，而不能以眼还牙），习惯还规定，枉行者不能反过来再对报复者寻求复仇。按照这种观点，报应刑就限制了纯粹报复体系下惩罚的严厉性，[14] 并且由于相称性和正义的概念，也就区分了报应刑和纯报复体系下的惩罚；在这里，相称性限制了报复的程度，而正义则不允许原初枉行者的反报复（如果受害人/报复者遵循了相称性的限制）。

这一观点非常重要，因为它揭示了以简单复仇方式处理惩罚问题有严重的缺陷或无效率。在复仇概念中或在复仇概念的情感（或基因）基础中，没有任何东西限制复仇的程度。一旦某人受了伤害，引发了他复仇的欲望，为什么他应当对侵犯者的伤害不更大？至少有一种情况下，他肯定会想对枉行者带来比枉行者给他带来的伤害更大。当施加更大伤害的成本比施加更小伤害的成本更低时，就是这样一种情况，而情况经常也就是如此。例如，在许多案件中，杀死枉行者要比伤害枉行者更为廉价。杀了他就减少了他实施报复的概率（尽管这会增加了他的家庭成员报复的概率），并且也消灭一个目击者，这也减少了查出这一报复行为的概率。

215

因此，不可能保证一个纯粹的报复或复仇体系会导致最佳的惩

[14] 关于这种观点的集中代表性陈述，请看，M. J. L. Hardy, *Blood Feuds and the Payment of Blood Money in the Middle East* 32 (1963); Geoggrey MacCormack, "Revenge and Compensation in Early Law," 21 *American Journal of Comparative Law* 69, 74 (1976); Perkins, 前注 [1], 页 56; Leopold Pospisil, "Feud," in 5 *International Encyclopedia of the Social Science* 389 (1968). 请比较，Armstrong, 前注 [1], 页 487。

罚。但是，这也并不是说会出现很多犯罪。相反的，在那里会很少有犯罪。如果向他人吐口水就可能会被复仇杀死，那么这个社会中的吐口水事件就可能少于一个禁止为吐口水而复仇杀人的社会中的类似事件。然而，在一个惩罚远比犯罪更为严厉的惩罚制度中，除非是发现和惩罚犯罪的概率非常低，这个制度不会是最佳的；并且，我认为初民社会的一个突出特点就是这一概率很高。这一概率越是接近于一，惩罚的严厉性与犯罪的重大性就越应当接近。在一个纯粹复仇的制度中，这一条件常常得不到满足。

尽管实施报复可能有基因的基础，却没有类似的基因基础来支持报应刑相称所要求的这种限制。可以推定，这些限制都是文化 216
的，只有一种可能的并且是不完整的例外。初民社会普遍采取外婚制，后果是潜在的报复群体之间形成了各种家庭关系。由于家庭利他主义的基因，这种后果也许就会减轻一个群体因其成员受了枉行而对其他群体实行报复的残忍程度。这也就是，它也许引入了报应刑概念所要求的相称性。

概述起来，在私人执法并且发现和惩罚违法的概率都很高的社会中（而这是初民社会和早期社会普遍遇到的社会条件），一种纯复仇体系不大可能是最佳的，因为它会导致惩罚过度。为什么自古以来，人们一直不赞同世仇，说到底这里有一个经济学的基础理由，即允许世仇会带来太多的暴力，尽管这不是通常的根本理由。与此类似，从经济学上看，认为惩罚的报应刑理论在犯罪问题上代表了社会思想超越了纯粹复仇观是正确的，因为以隐含了相称性的报应刑概念在上述条件下作为惩罚的基础，要优于复仇。但是，在这些条件不能满足的条件下，即并非私人执法并且发现和惩罚犯罪的概率都不高的情况下，报应刑司法就无法运转；而这也就解释了为什么，随着现代政府的兴起，以及随着私隐增加而带来犯罪活动掩藏性增加，报应刑惩罚理论已经衰落了。

亲邻报应：对邻居和后代的报应刑

以上我一直讨论的都是对枉行者本人实施报复，但是初民社会和早期社会的习惯还常常允许对其他一些人，例如对枉行者的邻居或家庭成员（集体责任）实施报复。我在这里感兴趣的是以“亲邻报应”（pollution）闻名的特定的集体责任形式。[15] 在古希腊，谋杀者会玷污他所在的城市，如果不把他赶走或杀死，该城的市民就会遭受瘟疫或其他不幸。索福克勒斯的戏剧《俄底浦斯僭主》描述的就是，俄底浦斯谋杀了自己的父亲，因此底比斯城遭到了报应。在古希腊人的思想中，谋杀或其他枉行还会玷污子孙后裔。例如，在埃斯库罗斯的戏剧《阿伽门农》中，我们一般的理解都是阿特柔斯（Atreus）* 的枉行玷污了几代后裔。[16]《旧约全书》中也有与这些古希腊信仰近似的观点，并且人们还可以从非洲和其他地方的初

217

〔15〕 关于古希腊时期的报应（"miasma"），请看，Arthur W. H. Adkins, *Merit and Responsibility*, ch. 5 (1960); 1 Robert J. Bonner & Gertrude Smith, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle* 53 – 55 (1930); E. R. Dodds, *The Greeks and the Irational* 35 – 37 (1951); J. Walter Jones, *The Law and Legal Theory of the Greeks: An Introduction* 254 – 257 (1952); Erwin Rhode, Psyche 176 – 179, 294 – 297 (1925). 关于不同的初民和早期社会中的报应，请看，Mary Douglas, *Purity and Danger* (1966). 我对公元前 5 至 4 世纪古希腊的报应研究扩展了本书这一编的范围，超出了我在第 5 章中界定的初民和早期社会，因为当时的雅典并不是前文字社会。

* 阿伽门农的父亲。他因弟弟诱奸了自己的妻子，因此杀了弟弟的儿子并设宴让弟弟食用儿子的肉。—— 译者

〔16〕 关于对《阿伽门农》一剧中罪孽遗传的一种怀疑主义观点，请看，Michael Gagarin, *Aeschylean Drama* 62 – 64 (1976)

民文化中发现类似的信仰。[17]

亲邻报应与家庭集体责任有两方面的区别。首先，惩罚无须人力；并不是受害者的家庭成员实施复仇，而是神降灾于枉行者的邻居或亲戚。其次，报应常常是“纵向的”而不是“横向的”，意思是这种亲邻报应伤害的是枉行者的后人而不是他的同代人。这一点是与头一点区别是相联系的，因为人力复仇通常或多或少与枉行者的行为在同时代发生；因此，如果复仇是指向枉行者的某个亲戚，那么受伤害的大多是他的亲戚而不是他的某个尚未出生的后代。超自然的惩罚则无须行动如此迅速。 218

对这种奇怪的集体惩罚形式以及为什么它在古雅典时期表现很突出，我的解释强调三点：（1）当时对枉行者提起刑事程序都依赖家庭；（2）古雅典的家庭很小并且没有强有力的亲属关系群体；以及（3）缺乏其他设置来维系很高的预期犯罪惩罚成本。

亲邻报应最经常与家庭内的谋杀联系在一起谈及，例如俄底浦斯谋杀父亲。相关的一点是，杀害亲属受的亲邻报应要比杀害陌生人而受的亲邻报应更难洗涮干净；[18]埃斯库罗斯的戏剧《七人大战底比斯》的合唱队说，这是无法洗涮干净的。无论是经典学者还是人类学家都注意到亲邻报应是与谋杀亲属相联系的，他们提出的解说也与经济学分析一拍即合。一旦家庭内发生了谋杀或其他枉行，

---

〔17〕 请看，Douglas，前注〔15〕中的例子；又请看，Elizabeth Colson，*The Plateau Tonga* 107－109（1962）；Meyer Fortes，“The Political System of the Tallensi of the Northern Territories of the Gold Coast，” in *African Political Systems* 239，253（Meyer Fortes & E. E. Evans－Pritchard eds. 1940）；E. Adamson Hoebel，*The Law of Primitive Man* 156－159（1954）；E. H. Meek，“Ibo Law，” in *Essays Presented to C. G. Seligman* 221（E. E. Evans－Pritchard et al. eds. 1924）；E. L. Peters，“Some Structural Aspects of Feud among the Camel－Herding Bedouin of Cyrenaica，” 37 *Africa* 26，264－265（1967）；J. M. Powis Smith，*The Origin and History of Hebrew Law* 49（1931）. 有关圣经的一些例子，请看，Num. 35：31－33；Deut. 19：13，21：8－9；II Kings 24：4.

〔18〕 请看，Hubert J. Treston，*Poine* 307，316，318（1923）.

由受害者的家庭成员采取行动这样一种复仇机制就崩溃了，因为谋杀父亲的儿子天生就是谋杀其父者的复仇者。[19] 即使在公元5世纪的古雅典，[*] 当时，先前由受害者或受害者家庭直接复仇的制度（在荷马那里就可以看见）已经被公共审理和惩罚的制度取代了；但是受害者的家庭仍然有排他的权威就我们今天认为是犯罪的大多数行为包括谋杀，提起刑事诉讼程序。[20] 然而，如果犯罪发生在家庭内部，这一制度就不可能有效运作；因此，就设置了一个替代的救济方式，这就是由亲邻报应带来的自动惩罚。[21] 这样一来，人们相信有亲邻报应的程度内（并且也一定有许多人相信），他们的信仰就起到了一种镇慑某些普通刑罚机制无法镇慑的犯罪的作用。

有关亲邻报应的第二点（这一点对解释亲邻报应为什么会延伸到家庭以外的犯罪上特别重要）是，在古雅典社会中可以看到这种最发达的杀人报应概念，而古雅典社会的明显特点之一就是小家

219

---

〔19〕 请看，Adkins，前注〔15〕，页110－111注〔18〕；Colson，前注〔17〕；Douglas，前注15，页133－134；Levy－Bruhl，前注〔13〕，页93；MacCormack，前注〔14〕，页81－82；Peters，前注〔17〕；Preston，前注〔18〕，页339；Meek，前注〔17〕。

* 原文如此，当为"公元前"5世纪。——译者

〔20〕 请看，MacDowell，前注〔11〕，页110－111。一般杀人被认为是私人的而不是公共的犯行。请看，例如，George M. Calhoun, The Growth of Criminal Law in Ancient Greece 109 (1927)。麦克道尔（MacDowell）曾与古希腊研究者的传统假定相反，论辩说，不是杀戚（或者当死者是奴隶时，不是主人）而是其他人才可以对谋杀提出指控。请看，MacDowell，前注〔15〕，页95；参见，同上，页17－18，133－134。然而，由于指控谋杀并不支付赔偿，因此，由非亲戚提出指控的情况一定很罕见，并且麦克道尔也没有提供一个这种指控的例子。

〔21〕 请看，1 Bonner & Smith，前注〔15〕，页55。

庭。[22]家庭集体责任制存在的前提是杆行者的家庭都足够大，很容易就可以找到他的家庭成员在哪里，因为当每个成员都可能成为报复对象的风险会使他们都主动监管其他成员的行为。但是，古希腊的一个突出特点是——按照初民社会的标准，或是在这个问题上按照19世纪的标准——家庭很小。应当明确，我在这里讨论的是家户（household），而人们都承认亲属关系群体——即家系（gene）和胞族（phratry）——都要大于家户。但是，与非洲的部落社会相比起来，雅典的家户既很松弱，分布也很分散。[23]因此，家系或胞族的成员不像非洲亲属关系群体的成员，他们没有相互监督他人行为的很好位置。在非洲部落社会中，家庭集体责任原则得到了很好地确立，并且一般说来，人们不认为谋杀者会玷污他的后人。而在古雅典，有效亲属关系的规模很小。这就是为什么要施加纵向家庭责任的原因之一；因为把一个人同他的后裔都加总，这就造就了一个比较大的群体，可以成为——人或神——对杆行报复的潜在目标。[24]

这里提出的很有意思的要点是，亲邻报应信念是与古雅典人废除了被谋杀者家庭向谋杀者寻求赔偿（荷马称之为 *poine*）之权利相 220

[22] 关于公元［应为公元前——译者］5世纪雅典人家庭很小的非直接但是累积起来很有说服力的证据，请看，W. K. Lacey, *The Family in Classical Greece* 130, 165 (1968); Zygmunt Niedzielski, *The Athenian Family from Aeschylus to Aristotle* 4, 60, 106 (1955) (unpublished Ph. D. diss., University of Chicago)。请比较，L. P. Wilkinson, "Classical Approaches to Population & Family Planning," *Encounter* 22 (April 1978).

[23] 请看，Dodds，前注［15］，页34；Victor Ehrenberg, *The People of Aristophanes* 156 (1943); G. Glotz, *The Greek City and Its Institutions* 122 (N. Mallinson trans. 1930).

[24] 与这一点相一致，有人发现在沙伊安印地安人中有一种强烈的部落内杀人的报应观，在那里亲属关系，与非洲部落相比，非常松散。请看，K. N. Llewellyn & E. Adamson Hoebel, *The Cheyenne Way*, ch. 6 (1941).

联系的。[25] 这种废除降低了受惩罚的概率；子孙报应信念因此通过增加惩罚的严厉性抵消了（至少部分地）由此导致的预期受惩罚成本的降低。

在许多初民社会中都会见到一个与亲邻报应很相近的观念，这就是普通债务继承的原则。就像人们有时说的那样，"人死债不烂"（debts never rot）。[26] 在一个没有法官、警察或执法官的社会中，由于讨债很困难，因此就要求债务人的继承人成为这一债务的担保人。刑事责任的可继承性也许同样是实用主义的。应当明确的是，不论某人的不端行为会给他的后裔带来何种严厉惩罚，你都不可能指望他的孩子和还没出世的后裔能监督他的行为。但是，由于他的后裔有责任受惩罚，这就增加了他不端行为的成本，因此也就以另一种方式对他起到了制约作用。这就像阿瑟·阿德金斯（Arthur Adkins）解说的："如果有人威胁你说，如果你以某些方式干了某种杠行，你的家庭就会彻底完蛋，那么，这个人就是在用你死后的悲惨境地来威胁你，因为你死后就没有人来祭奠你了。因此，他在威胁你的后人之际，也就在威胁你本人：假如人们确实相信这种理论，
221 那么这就是一个行为良好的充分保证"[27] 换言之，死者将享用生者举行的纪念仪式，[28] 这种"迷信"会激励人，不要去做任何可能危机自己子孙后代之安全的事（而除了子孙外，还能有谁会来祭奠他呢？）。在由家庭提起的普通刑事程序无法有效运作的案件中，这

〔25〕 请看，Treston，前注〔18〕，页 143－145。关于废除 poine，又请看，MacDowell，前注〔11〕，页 110。

〔26〕 请看，前面第 5 章的注〔34〕。

〔27〕 Adkins，前注〔15〕，页 68－69。

〔28〕 又请看，Robert Flacelière, *Daily Life in Ancient Greece* 57，196－197（Peter Green trans. 1965）；Wesley E. Thompson，"The Marriage of First Cousins in Athenian Society，" 21 *Phoenix* 273，280－281（1967）。

就使用亲邻报应相威胁成了对不端行为的一种有效制裁。[29]

与后人会遭报应的观念一样，谋杀者会使整个城市都遭玷污的观念或许也与古希腊的小家庭相联系。如果人们并不生活在大家庭之中，就必须使用一种与（生活）家庭不同的集体责任单位，这个单位如果不是后人，就是邻居、城镇或城市。在古雅典，“家系已经不再具有或多或少无关的、更大的家庭圈子之外的任何意义，家系的成员或胞族的成员都很少相聚。因此，在日常生活中，社区并不比一个人的生活直接接触的邻居更重要。”[30] 请注意，后人遭报应增加了枉行者的受罚成本，而邻居遭报应则增加了邻居告发枉行者的激励因素，从而也就增加了枉行者受惩罚的概率。[31] 随着人口流动性的增加，人们可以期望由邻居执法就会转而导致由警察执法。[32]

上面的分析也许有助于解释，尽管荷马史诗中描述的社会要比 222
公元*5世纪的雅典更早，为什么这些史诗中却几乎没有什么提到

---

〔29〕在英格兰，很长时间都使用了一种颇为类似的设置来惩罚叛徒，不仅叛徒会被处死，而且他的财产（property，注意，普通法的“财产”概念传统上指某人拥有的一切，包括妻子和孩子以及其他家产）也为国家没收。这种没收对于他就是一种成本，并因此——如果其后代的效用作为正值进入他的效用函数的话——将有助于威慑他不敢叛国，但是这种以惩罚其后代来惩罚某人的方法要求他一定要有财产。在一个更为贫困的社会中，信仰杀人会有报应也许会是比没收财产更好的一种替代，特别是因为在初民和早期社会中，有关自然界的信息费用高昂，这使神罚的观念比现代社会中的神罚概念更为可信。古希腊和英国的纵向惩罚形式之间的另一个差别是，在惩罚的有效性上，英国人依赖的是先人的效用函数和后人的效用函数之间的相互依赖；而古希腊人，在这一方面，更为“讲求实际”，他们依赖的是后人为先人所做的祭奠，并以此来推动先人关心其后人的福利。

〔30〕Ehrenberg，前注〔23〕（着重号为作者所加）。

〔31〕“因为邻居的目光要比狐狸的目光更锐利。”同上，页157。又请看，T. B. L. Webster, Atheman Culture and Society 40 (1974).

〔32〕请看，Joel Feinberg, *Doing and Deserving* 238 – 241 (1970).

* 原文如此，应为“公元前”。——译者

子孙报应信念〔33〕这使研究古典的学者相当困惑不解。有人认为，荷马也许是有意不提子孙报应。〔34〕但是，人们一般都认为，荷马史诗的社会中子孙报应信念较少，并认为，原因或许是在这样一个初民社会中，无须这样一种信念来补充复仇制度。应当明确，荷马时代的核心家庭就和公元5世纪的雅典一样，一般都很小，并且较大的亲属关系群体看来也不重要。但是，荷马的社会并没有面临"城市失名症"（urban anonymity）的问题，而这个失名问题也许已经使5世纪*的雅典很难把枉行者逮捕归案，除非是让枉行者的邻居因害怕报应而反对他。〔35〕此外，到5世纪*时，古希腊的一些城市已经有相当大的人口迁徙，因此，谋杀者逃跑后，可以在其他地方重新落户。在荷马时代，自我流放更为危险（尽管并非不常见）。最后，就像前面提到的，在荷马史诗的社会中，犯罪的受害者（或他们的家庭）都有激励寻求货币赔偿，而这种激励到了5世纪*已经消失了。简而言之，很有可能，如果没有亲邻报应信念，那么在荷马描述的社会中犯罪的预期惩罚成本就要高于5世纪*的雅典，而亲邻报应信念之发生也许恰恰是为了防止这一成本继续下降。

与这一分析相一致，研究古典的某些学者把这种亲邻报应信念
223 的兴起归咎于人身安全的衰微，就在荷马描述的时代同后来的、报应信念繁荣的古代期间。〔36〕人身安全的衰微也可以说是犯罪受惩罚概率的下降，可以预期，这一概率下降会引发了人们寻求各种途

〔33〕 请看，例如，Gagarin，前注〔16〕，页188注〔27〕。

〔34〕 请看，Adkins，前注〔15〕，页91。

* 均应为"公元前5世纪"。——译者

〔35〕 公元5世纪的雅典人口估计是52 000人。请看，Webster，前注〔31〕。

〔36〕 请看，Dodds，前注〔15〕，页44。多兹（Dodds）自己认为这只是部分的解释，其他原因，他归结为家庭的变化，但是这些变化在我看来只是社会变化的结果，而不是原因。

径来提高惩罚概率或增加惩罚的严厉性。亲邻报应对这两个变量都有影响。

为报应刑惩罚理论辩解的理由一直都是这一理论消除了集体惩罚，[37] 而亲邻报应就是一种集体惩罚形式。但是，从一种经济学的观点来分析，报应刑（即只有对罪犯之罪过施加惩罚并且与其罪过相称时，惩罚才公正）存在的前提假定就是惩罚概率已经很高。如果概率不高，就必须找到一些机制，或者是增加惩罚的概率，或者是增加惩罚的严厉性。亲邻报应就是这样一种机制。如果报应刑理论不能解释亲邻报应，那么，这就证明报应刑还不足以解释惩罚。

我并不想给人们留下这样一个印象，即在每个已经历了典型的农村大家庭状态的初民社会中，你都可以期望找到亲邻报应的信念。古雅典社会组织的特点也许可以解释亲邻报应——特别是在家庭内的犯罪——的重要性，而古雅典社会的特点是，尽管刑事审理和惩罚是公开的，但雅典社会却一直都依赖家庭责任来把惩罚制度化。这种家庭责任并不限于要告知起诉机关；家庭还必须对枉行者提出指控，直到判决出来。[38] 并且，与后来的私人执法体制（包括罗马法和直至19世纪的英国法体制）也不同，古雅典时期是不能自由进入执法事务的，执法者必须是受害者的一个亲戚，并且当时对成功的执法者也不支付奖励或其他赔偿金。[39] 但是家庭规模小就意味着惩罚枉行者的家庭责任常常无法运作，因为家庭成员中

〔37〕 请看，Laird，前注〔1〕，页373－374；

〔38〕 请看，MacDowell，前注〔15〕，页29。

〔39〕 关于罗马时期的私人执法，请看，Alan F. Westin, *Privacy in Western History: From the Age of Pericles to the American Republic* 51 (Rep. to Assn. of Bar of N. Y. Special Comm. On science and Law, Feb. 15, 1965)；关于英国的情况，则请看，2 Leon Radzinowicz，前注〔11〕。然而，在古希腊对较轻微的犯罪，私人执法者有可能会得到奖励金。请看，MacDowell，前注〔11〕，页62，64。

也许没有谁能承担起把杠行者逮捕归案的义务。在这种境况下，可以理解人们感到需要其他一些惩罚方法，有时是自动的惩罚方式；而亲邻报应的概念就满足了这一需要。[40]

罪过与责任之争

当复仇降临到一个无辜者——一个谋杀者的后人或邻居身上
224 时，我们就遇到了"初民"思维方式的典型特点，即罪过（guilt）同责任（responsibility）的分离，或该罚性（culpability）同责任（liability）的分离。现代人一般都趋于认为，对故意或过失的有害行为进行惩罚是相称的，而这里对过失的理解是从成本上看无法正当化的行为。现代法律中也有一些严格责任的领域，事实上，其数量还正在增加。但亲邻报应是一个道德的概念，而不是一个法律概念，然而，严格责任的观点在道德上比在法律上更难以理解。在法律上，无论在现代还是在初民社会，严格责任的理由都与使用法律制度的费用有关。在上一章中，我们就看到了初民社会的经济状况，特别是信息费用很高昂，这似乎解释了为什么人们会喜欢严格责任。但是，信息费用是否也影响了道德信仰呢？古希腊道德法典的一个突出特点就恰恰是罪过与责任的经常分离。[41] 一次又一次，

〔40〕 我的分析当然并没有解释初民社会中常见的报应形式，在那里，报应常常不像我们理解的那样附着于某种危险的或犯罪活动上。请看，Mary Douglas, "Pollution," 12 *International Encyclopedia of the Social Sciences* 336 (1968).

〔41〕 请看，例如，Adkins，前注〔15〕，页 88－91，120 以下，129 注〔8〕；Gagarin，前注〔16〕，第 1 章。阿德金斯（Adkins）就质疑报应是否是一个道德范畴；然而，很明显的是，报应是因人们的行为——尽管并不总是该受罚的行为——而降临于他们的不愉快的后果。阿德金斯的怀疑表明现代人是何等紧密地将道德责任同应受谴责性联系在一起了。

以一些既非故意也非过失的行为——有时甚至是完全不可避免的行为——为根据，道德责任被归结到人身上。在《七勇士大战底比斯》中，我们得知，厄特俄克勒斯和波吕尼刻斯之所以遭难就是因为他们的父亲俄底浦斯曾诅咒过他们。而俄底浦斯自己也曾遭过难，尽管他曾尽了最大努力，试图避免因为他的先辈行为不端而对他宣告的咒语。事实上，在古希腊的（以及其他初民的）思想中，不幸和惩罚这两个范畴看起来频繁地合二为一；至少，在古代社会，与我们的社会相比起来，用后果而不是用意图可以解释更多的事件。只是俄底浦斯杀父娶母这一事实，而不是发生这些事件时的精神状态，宣告了他的罪孽，并给他的城市带来了灾难。 225

道德概念上的这种差异也许反映了信息费用上的差异。在评估行为时确实值得关注意图和过失，因为它们决定了该行为是否可能因镇慑而减少。因人们无法以合乎情理的成本来避免的行为而惩罚这些人，不会有什么效果，或只有很糟糕的（无效率的）效果。因此，随着人们对自然规律的了解增加了，并且随着创建了有效的确定事实的机构，信息费用降低了，因此我们可以指望道德责任概念和法律责任概念都同时背离了严格责任，或至少承认了那种没有任何借口或正当理由的、非常简单的严格责任类型。在古希腊社会中就有证据表明了这种趋势。尽管荷马描述的社会甚至对自愿非自愿杀人都不作区分，[42] 但是到5世纪*时，古希腊的刑事法律已经很好地确立了这一区分，尽管与现代法律相比还非常粗糙。[43] 当惩罚可能超过简单的损害赔偿时，在刑事定罪以及或许在那些有道德罪过的领域内，就特别可以预见会有这种背离严格责任的世俗发展

〔42〕 请看，例如，Calhoun，前注〔20〕，页16－17；Treston，前注〔18〕，页75。

* 应为“公元前5世纪”。——译者

〔43〕 请看，MacDowell，前注〔11〕，页114－115；Jones，前注〔15〕，第14章，很好地讨论了古希腊刑事法律中的精神因素。

趋势。仅仅要求一个人向因他的行为受伤害的他人支付相当于该伤害的费用，也许还不能镇慑某个获利大于成本（包括伤害的费用）的行为。[44]但是，如果确定下来的惩罚高于简单损害赔偿[45]（这就是刑事惩罚的特征），那么严格责任的镇慑作用就太过分了；并因此，道德谴责还会降临到那些无可责难的行为上——如果受谴责的人感到这种道德谴责是一种实质性费用的话。

要把这一分析线索联系起来，埃斯库罗斯的戏剧《欧墨尼德斯》提供了一个很便利的途径。俄瑞斯忒斯（Orestes）为了复仇，
226 杀害了母亲克吕泰墨斯特拉（Clytemnestra），因为母亲克氏谋杀了俄氏的父亲（也是克氏的丈夫）阿伽门农；但克吕泰墨斯特拉是为自己女儿依菲琴尼亚（Iphigeneia）复仇而杀害阿伽门农的，因为阿伽门农在攻打特洛伊的路上牺牲了他自己的、同时也是克氏的女儿依菲琴尼亚。现在，因为谋杀了克吕泰墨斯特拉，复仇女神痛苦折磨着俄瑞斯忒斯。俄瑞斯忒斯逃到了雅典避难，受到了阿勒奥帕格斯（Areopagus）最高法院的审判，并以一票之差被无罪释放。

这一戏剧例证了报复、报应刑、亲邻报应以及严格责任的许多不同问题。因为克吕泰墨斯特拉是被自己惟一的儿子谋杀的（得到了她惟一活下来的女儿伊莱克特拉［Electra］的帮助），因此，她就没有对这一犯罪实施复仇的自然人。[46]也因此，“执法者”的角色就落到了复仇女神——一个超自然的行为者身上。她们进而又都信奉一个僵硬的严格责任原则。俄瑞斯忒斯犯了谋杀罪，尽管他有

---

〔44〕 请看，Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* 137–138 (2d ed. 1977).

〔45〕 这并不仅仅是为补偿小于一的惩罚概率之必需。至于为什么即使惩罚的概率等于一时，对犯罪的惩罚也应超过简单的损害赔偿，有一种解释，请看，Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral,” 85 *Harvard Law Review* 1089, 1125–1127 (1972).

〔46〕 这就如同 Gagarin 所强调的，前注〔16〕，页 63。

义务为父亲复仇；[47] 这一杀人是情有可原的，但在复仇女神心目中，却是不可宽恕的。

阿勒奥帕格斯法院无罪开释了俄瑞斯忒斯，尽管诡诈地利用了阿波罗关于生孩子妇女不如男子重要的论点作为根据，这显示了一种免责学说何以可能减轻严格责任的原则，同时把纯粹的报复转化为报应刑正义。报复是对伤害者的反击，而不论伤害的理由是什么，因此报复很像是一种没有免责的严格责任制。报应刑则是这样一个原则，它强调应当惩罚的是枉行者，而不是行为者，这就向以过错作为责任之基础的司法体系迈出了一步，也向以应受责备作为谴责之基础的道德体系迈出了一步。只有等到确认该罚性——即把情有可原的和无法宽恕的杀人区分开来的制度出现之后才能迈出这一步。因此，把《欧墨尼德斯》剧中的阿勒奥帕格斯法庭描述为为了确定俄瑞斯忒斯是否有罪这样一个明确目的而创立的，会非常恰当。荷马史诗中的社会没有这样的制度，这就是为什么奥德修斯与为奥德修斯所杀的求婚者的亲戚之间才露端倪的世仇只能由宙斯的雷霆来终结，而不是由一个法庭考察奥德修斯的行为是否正当并作出判决来终结。社会逐步从报复向报应刑运动，与此相关，也逐步从严格责任向过错责任运动，这是因为发现和评价事实（这些事实都与认定伤害行动有无理由有关）的费用降低了。 227

※　　※　　※

非常简单地作一个小结：在第二编中，我论辩了经济学分析为理解初民和古代社会的制度和行为提供了重要的洞识。这里的基本

〔47〕 这正是《奠酒人》——《俄瑞斯忒亚》的前身——所强调的。有关的、应再次注意的是希腊的复仇一词 dikephoros 的字面含义就是“带来正义的人”。

经济学概念是不确定性和信息费用。这些因素解释了，为什么初民社会和古代社会如此强调保险；解释了这些保险所采取的形式；解释了为什么这些社会要比现代社会更强调严格责任；此外还解释了初民社会的其他许多价值和制度。尽管要巩固和扩展这几章的察见还有很多工作要做，但我认为，这几章已经证明了在解释人类行为和社会制度上经济学模型所具有广度和力度。

第三编

私隐与相关利益

▼
▼
▼

第九章

作为秘密之私隐

第一编的三章处理的是私隐以及相关经济利益的法律经济学分析。[1]从讨论初民法律和社会一下子转到讨论私隐问题，尽管看 231
起来也许有点突兀，信息经济学却为之提供了特别是为本章提供了一座桥梁；在我的关于私隐以及关于初民社会的理论中，信息经济学都扮演了一个基础的角色。

"私隐"是一个非常模棱两可并且感情色彩非常强烈的词。[2]我将讨论私隐的三个突出含义：秘密、隐遁以及自主。其中第一点最为重要，也是本章的主题。就眼下而言，我用私隐指隐瞒或掩藏信息，特别是个人的信息，但我也会简单讨论某些商业信息。我将

---

〔1〕除了我将在下面讨论和批评的格林沃特和诺曼（Greenwalt & Noam）对商业私隐的研究以及我引证过的两个研究（Richard A. Posner, "Privacy, Secrecy and Reputation," 28 *Buffalo Law Review* 1, 2 n. 7 [1979]）外，我不知道，在本书各章利用这些论文之前，还有什么私隐的经济学分析。我引证的那两篇论文都把私隐界定为个人或核心家庭的生活不受干扰（并发现自第二次世界大战以来，私隐有迅速发展）。自他们的论文发表以来，有好几篇私隐经济学的论文发表于 *Journal of Legal Studies*（vol. 9, no. 3, Dec. 1980）专号上，我将在本章以及下一章引证其中的一些论文。

〔2〕关于界定私隐的种种努力，请看，例如，Hyman Gross, "The Concept of Privacy," 42 *N. Y. University Law Review* 34 (1967); Judith Jarvis, "The Right to Privacy," 4 *Philosophy & Public Affair* 295 (175).

首先提出作为秘密之私隐的经济学理论，然后，我再探讨在多大程度上，有关私隐的普通法与私隐的经济学是一致的

私人信息以及交流的经济学

掩藏个人的真实情况

人们是否应当有，以及在多大程度上应当有，受法律保护的、
232 掩藏个人信息的权利？这个问题只有在有人想发现有关其他人的这类信息——换言之，窥探时才会出现。因此，我要讨论的第一个问题是，为什么人们想窥探他人。这纯粹是无所事事的好奇，还是病态的好奇？能否对此提出一种功能的，也就是说一种经济学的解释？

我认为这样一种解释是可能的，当某种实际的或潜在的——无论是商业的还是个人的——关系创造出因拥有他人之信息而获利（货币的或非货币的）的机会的时候，这一点最明显。税务征管员、未婚夫、合伙者、放贷者以及竞争者都想获得他人的个人的信息，动因就在这里。不那么明显的是偶尔窥探（这个词用在这里并不具有任何贬义）朋友和同事的私人生活，这在社会生活中也是常见的特点，其中许多也是受自我利益的理性考虑因素推动的。窥探使一个人能对朋友或同事有一个更确切的理解，在同后者有社会或职业交往时，从窥探中获得的知识就非常有用。例如，在选择一个朋友时，你会想知道他谨慎不谨慎，自私或慷慨，在起初交往时，这些品质并不总是很明显。即使是纯粹的利他主义者，他也要了解一下自己的利他行为的预期受益者有多富裕，以便算一算该给他多少钱。

而这个问题的另一方面是，就像商业交往一样，社会交往会出现因瞒人（misrepresentation）造成的一些利用被利用的机会。心理学家和社会学家都指出——这是人所共知的——即使在日常生活中，人们也经常瞒人（他们的收入、前途、观点以及其他），为的是操纵其他人对自己的看法。[3]“想了解私隐表现的是一种欲望……想控制其他人对自我掩饰者的感知和确信。”[4]即使最强有力的私隐辩护者也是把个人私隐权描述为一种“控制传播有关自我的信息”的权利，[5]并且还要加上一点才公平，即这些有关自我的信息也许都与以往或目前的犯罪活动有关或是与他公开声明的道德标准不一致的行为有关，并且掩饰的动机常常是要误导同他交往的人们。其他一些人们希望隐藏的信息，尽管在道德上并不丢人，但如果暴露了，也会纠正这个人试图利用的某些假象，比方说一个工人对雇主隐瞒了自己有严重的健康问题，或是未来的丈夫对未婚妻隐瞒了自己有不育症。令人不清楚的是，社会为什么应当赋予与这些信息相关的个体对这些信息享有产权；普通法，就像我们将看到的，一般并不认定这种产权。（我将在后面谈到的另一个分离的问题是，对拥有有罪秘密信息的人不给产权，这样一个决定是否隐含着法律应当支持任何以及所有揭露这类秘密的手段。）

233

如果法律允许卖家通过瞒人或不完全表述自己物品的质量来兜

[3] 厄文·高夫曼（Erving Goffman）就提出了这一点，他明确地提到了“不实陈述”，但他使用这一术语并不带贬义，见他的著作，*The Presentation of Self in Everyday life* 58 (1959)。又请看，Roger Ingham, “Privacy and Psychology,” in *Privacy* 35 (John B. Young ed. 1978)。

[4] Sidney M. Jourard, “Some Psychological Aspects of Privacy,” 31 *Law & Contemporary Problems* 307 (1966)。

[5] Geoffrey R. Stone, “The Scope of the Fourth Amendment: Privacy and the Police Use of Spies, Secret Agent and Informers,” 1976 *American Bar Foundation Research Journal* 1193, 1207。又请看该文引用的文献，以及，Edward A. Shils, *The Torment of Secrecy: The Background and Consequences of American Security Policies* 26 (1956)。

售，我们会认为这是错误的（并且也是没有效率的）。但是，人们在“出售”自身以及他们的商品时却会宣称自己行为标准很高，诱使他人同自己进行对他有利的社会或商业交往，同时又对这些交易者隐藏为评价自己的品性所需要的一些事实。不要求人们完全且坦诚地暴露自己重大个人弱点，不把这一点作为一种普遍的法律义务，是有一些实际理由的。但是，难道就不应允许你努力搜寻被隐藏起来的、有关某些个人的并对这些人隐含或明确表述的自身道德品质非常重要的事实，以此来保护你不从事对你不利的交易吗？说人们有“自个儿呆着（let alone）的权利”，这并不是回答，[6] 因为很少有人希望都自个儿呆着。事实上，他们都希望有选择地透漏有关自身的事实，以此操纵他们周围的世界

234 应当肯定，人们希望隐藏的有些私人信息并不丢人。例如，在我们这个文化中，大多数人都不愿意被人看到自己光着身子，但是看到了，也不会暴露任何丢脸的事实。[7] 由于这种有所保留与隐藏丢人事实不同，不会增加社会成本，并且由于交易费用很低，因此，在经济学上有理由把这个领域内的私人信息产权配置给个人；而且法律也就是这样做的。但是，对普遍的问题都有所保留，把并不丢人的个人信息也都隐藏起来，这种人很少。任何人在飞机或滑雪缆车上同陌生人坐在一起时都知道，大多数人都非常高兴同完全陌生的人谈论自己。在同朋友、亲戚、熟人或商业同伙交谈时，更可能有所保留，因为这些人也许会利用泄漏的某个个人信息在某个

〔6〕 Olmstead v. United States, 277 U. S. 438, 478 (1928)，布兰代兹大法官的反对意见。如果问题是，人们是否应当有权不受其不想要的请求、噪音很大的卡车或者是色情电话的干扰，这会是一个好的回答。这些东西所侵扰的私隐利益不同于本章讨论的私隐利益，因为这些活动没有涉及到为获取信息作出的努力。

〔7〕 即使是在西方社会，这种“不愿”看起来发生得也比较晚近。关于中世纪欧洲对待裸体的态度，请看，Norbert Elias, *The Civilizing Process: The History of Manners* 163 - 165 (Edmund Jephcott trans. 1978)。

商业或社会交往中获取一种利益（或避免不利）。

人们不愿暴露他们的收入，这看起来也许是人们希望有私隐的一个很好例子，无法用纯工具性术语解说清楚。但我认为，人们之所以隐藏自己非常低的收入，主要是他们认为收入高在信用市场和其他方面很有价值；人们之所以隐藏自己非常高的收入，主要是他们想避免引起征税者、绑架者以及偷窃者的注意，防止慈善组织和家庭成员来要钱，以及想保持慷慨大方的名声——因为如果人们了解到他们捐的钱只是九牛一毛，他们的名声就会受损。（第一和第二点也许可以解说为什么对慈善组织会有匿名捐助。）然而，人们必须把对绑架者、犯罪者隐藏收入同对征税者、家人以及债主隐藏收入区别开来；前一种隐藏起到的是完全合法的自我保护功能。

我的论点是，人们隐藏有关自身的事实是想误导他人。对这个论点，人们可以回答说，这种隐藏也许总体看来有利于有效率的交易，因为一旦人们隐藏的许多事实（同性恋、民族出身、厌恶或同情共产主义或法西斯主义、精神有小毛病、早年有些小违法、婚姻不和睦、爱窥探秘密）暴露了，就会引出预期的雇主、朋友、放贷者、情人以及其他人的非理性反应。但这种反驳忽略了，因一些愚蠢的理由而拒绝这种人带来的机会成本，或者换一种说法，忽略了与这些被非理性拒绝的人进行交往的收益。如果刑满释放者是不错的工人，但大多数雇主都不知道这一点，那么，了解这一点的雇主就可能以低于平均数的工资（因为这些人的工作机遇受到了压缩）雇佣他们，并因此比观点偏执的雇主在竞争上更为有利。在一个多样的、非中心化的并且竞争的市场上，经过一段时间就会根除非理 235

性的拒绝。[8]

用商业类比有助于说明这一点。多年来，联邦贸易委员会一直要求某些产品（特别是日本制品）的进口商要标明产品原产国。理由是一种广泛流传的信念（该委员会并不打算肯定也不打算否定其理由），即某些外国（特别是日本）的产品质量很差。人们还认为这里面残存着对珍珠港事件的愤怒。但是，就像人们都了解的那样，日本产品在市场上证明了其自身，对日本产品的偏见就消退了，最终也消失了；今天日本出品成了高质量和高价值的一个骄傲的展示标记。竞争如何可能用时间来驱散偏见，这就是一个例子。另一个类似的例子是，日裔美国人，而不是日本产品，例证了在就业和个人关系领域内竞争过程是起作用的。

236

侵权法和证据法对先前犯罪行为的不同处理进一步提供了例证。除了加州外，其他各州对公布某人的犯罪记录（不论犯罪是发生在多久之前）都无权提出诉讼；但如果要用以往的犯罪记录来质疑刑事审判中某个证人之证词，就只限于（由法官裁量决断）相对晚近的犯罪。[9]在这两种情况下，你都可以说，可以相信人们会根据犯罪时间远近来折算这些负面的个人信息。但是，在侵权案件中，如果实际处理这些信息的人，朋友、放贷者、雇主以及其他实际的和潜在的交易者过分看重很久以前的信息，他们就会为此付出代价，表现为丧失了进行有利交易的机遇。因此，他们有激励因素不对这些信息作出非理性反应。相比之下，陪审员则不会因自己行为非理性而给自己增加成本；因此，在这里这种市场的类比就失灵

---

〔8〕 在有关种族歧视问题上，对这一过程已经有了大量的分析；请看，例如，Gary S. Becker, *The Economics of Discrimination* (2d ed. 1971); Harold Demsetz, "Minorities in the Market Place," 43 *North Carolina Law Review* 271 (1965)；以及本书第12章、对刑满释放者、同性恋以及其他人的歧视。这看起来同样起作用

〔9〕 请看，Charles T. McCormick, *McCormick's Handbook of the Law of Evidence* § 43 (Edwaard W. Cleary ed., 2d ed. 1972).

了，因此在陪审员的决断是否理性的问题上，也许有理由采取一种家长式的做法。

一定不要把非理性偏见（市场体制趋向于根除这种偏见）同依据不完整信息采取的行动混同起来。增加搜寻当然会增加知识，当从这种知识增加中所得的边际收益正好等于时间或货币的边际成本之际，理性的个人或厂商就会停止搜寻社交或商业伙伴。因此，如果同这一个体而不是同另一个体交易的价值很小，或者要获取额外信息的成本很大，那么这一理性搜寻的过程也许就会在某些人认为过早的阶段结束。如果平均说来刑满释放者就业记录都很糟糕，如 237
果要根据这种平均值对某个具体的申请工作的刑满释放者作出的校正费用很高，并且如果用无前科雇员替代并且工资并不高出很多，那么雇主采纳一个统一的规则，不雇佣任何有犯罪前科的人，也许就是理性的。[10]

在搜寻雇员、配偶和朋友时，究竟多大规模，没有证据表明，人们在这方面一般要比在传统的市场活动（就业是其中之一）更少理性。有关非市场行为（包括婚姻、生育以及犯罪）的经验性文献日益增长，都发现人们在这些领域也很理性，就像明确的市场上的厂商和消费者一样。[11] 这些发现都支持由人们自己决定他们有多看重其他人试图掩藏的那些丢人事实。这种“自由市场”的进路显示，在普通产品市场上支配欺诈行为的最佳规则都应成为支配劳务

[10] 请注意，最低工资法是如何迟滞了不同群体成员进入就业市场的过程。这一评论会招致一种熟悉的论点，即必须要有公共干预来校正先前考虑不周的干预后果。但是，这种新干预也许同样会变得考虑不周。由于这一原因，政府先前的失败并没有为要求新的公共干预提供足够的理由。

[11] 请看，例如，Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior* (1976)；以及本书的第1章、本书第二编中有许多例证。非市场环境下的经济行为，令人印象深刻。由于在非市场部门中没有最低工资，在这里，非理性的反感要比在市场部门中更容易消除。

市场、信贷市场以及纯个人关系“市场”的最近似规则。因此，如果经济学分析认为在商品市场拒绝透露某特定类型的事实是欺诈，那么当某人在寻找工作、个人贷款或妻子之际拒绝透露这类信息，也应把这种拒绝视为欺诈。因此，因欺诈而宣告某个婚姻无效就与
238 撤销某个欺诈的商业合同非常相似。当然，在许多个人关系领域中，被骗的代价很低，因此可以没有正式的法律救济。但在另一些领域，受骗的代价很高，突出的是婚姻，就可以获得替代性救济。求偶的过程提供了一段时间，让未来的夫妇相互间有足够了解，因此可以防止任何欺骗。为什么撤销婚姻的案件比撤销一般商业合同的案件要求提供更严重的欺诈证据，也许这就是理由。[12]

我已经提出，对有关他人的私密信息之需求，其中有很多实际上是自我保护的形式之一。但是自我保护并没有解说，为什么人们还想了解报纸闲话栏提供的完全陌生者的私密生活。然而，闲话栏提供了另一种有价值的信息。这些专栏详细叙述了富人和成功者的个人生活，他们的喜好和惯习为普通人的消费、职业和其他决策提供了榜样。当然，这些榜样并不都启发人。例如，霍华德·休斯（Howard Hughes）*的故事就是一个道德剧，告诫人们成功的陷阱、臭名远扬的人以及罪犯的故事，例如普罗富莫（Profumo）或利奥博德（Leopold），也有同样的功能。

为什么人们对穷人的生活要比对富人的生活更少一点好奇呢，比方说，以小说中心人物是穷人的频率来测度？[13] 我想理由是，就影响我们的生活格局而言，穷人的生活提供不了多少有用的信

---

〔12〕 请看，例如，Bilowit v. Dolitsky, 124 N. J. Super. 101, 304 A. 2d 774 (1973).

* 霍华德·休斯（1905－1976），美国亿万富翁、大实业家、飞行员、电影制片人；晚年成为遁世的隐士。1972 年，作家克里福特·厄文因撰写虚构的休斯传记而被起诉。——译者

〔13〕 肯定不是因为作家对富人的生活要比对穷人的生活了解更为真切：莎士比亚的主人翁都是国王和贵族，但他本人却不是一个贵族。

息。在这里对穷人的兴趣都集中在那些变成了穷人的富人（或者当年是富人）身上，而不是集中在那些总是很穷的人身上；很显然，这类信息具有告诫提醒的功能。

沃伦和布兰代兹在他们关于私隐的著名论文中把对他人生活的好奇心之兴起归结为过度的传媒。[14]然而，经济学家不相信供给会创造需求。[15]对报纸闲话栏的增多，一个更有说服力的解说是个人收入的长期增加。在大多数贫困社会中，都几乎没有什么私隐，[16]因此，人们可以很容易直接观察到其他人的隐秘生活。在比较富裕的社会中，个人监视成本更高昂了，这既因为人们的私隐更多了，也因为时间的价值（以及机会成本）更大了，[17]太大了，乃至人们不值得花费大量时间来观察邻居。在爱管闲事者获取信息的成本变得更为昂贵的社会中，传媒因此除了其他职能外就提供了专门化的窥探。传媒还揭露了人们在同他人交易时用来欺骗他人有利于自己的那些瞒人手法。我在这里使用的"交易"是广义的，它 239

[14] "传媒在每个方向上都超出了明显得体和正派的边界。闲话不再是无聊者和恶意中伤者的消遣，而是成了一项贸易，一项努力其辛是肆无忌惮追逐者的贸易……为了让那些无所事事者有事可做，报纸的各个专栏都充斥着无聊的闲话，这些闲话只有侵入家庭圈子内才可能得到。" Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, "The Right to Privacy," 4 *Harvard Law Review* 193, 196 (1890).

[15] "就同其他商业行当一样，在这个行当内，供应创造了需求。"同上。

[16] 请看，David H. Flaherty, *Privacy in Colonial New England* 83 (1972); Thomas Gregor, *Mehinaku: The Drama of Daily Life in a Brazilian Indian Village* 89 – 90, 360 – 361 (1977); Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, ch. 1 (1967); 后注〔31〕；以及本书第10章的讨论和文献引证。Marvin Harris, *Cannibals and Kings: the Origins of Cultures* 12 (1977)。哈里斯对格利格（Gregor）的发现作了这样的概括："在小村庄中，搜寻个人私隐是一个无所不在的主题。米希纳库（Mehinacu）人为了自己的好处显然相互了解对方太多的秘密。他们可以从一个脚后跟或屁股的印记就说出一对男女在何处停留了，在路旁发生了性关系。遗失的箭泄漏了箭的主人喜欢的钓鱼场所；倚树而立的一柄斧头告诉了人们一个中断工作的故事。没有谁离开或进入这个村庄而不为人所知。要想保证私隐，你就必须低声说话，因为都是茅草墙，而且没有关闭的门。"

[17] 请看，Staffan Burenstam Linder, *The Harried Leisure Class*, ch. 7 (1970).

包括了像有的人想当副总统却不透露个人精神病史（1972 年的托马斯·伊格顿）.

闲话栏有提供信息的功能，私隐经济学分析的这一寓意是最不能为人们接受的 但是，除此之外，你又如何解释对富人、名人私
240 生活中的“性”好奇与身体隐密程度正相关呢？闲话栏以及电影杂志在美国要比在欧洲更为泛滥，因为在欧洲，身体的隐秘程度要比在美国更低，并且，尽管人们通常认为这些闲话栏、电影杂志以及其他公共闲话通道都是下流人和大老粗的领地，但在美国，这些杂志的流行刚好与教育水平之提高同时发生，我认为，这就是因为身体的隐秘度增加了，因此封锁了对陌生人生活方式的直接观察。[18]

在个人信息的隐藏中，瞒人（misrepresentation）是一个重要因素，但还有其他因素。[19] 首先，隐藏有时会促进，而不是阻碍确切信息的传播。人的大脑任何时候都有可能塞满不确定的、未成型的以及考虑不周的思想，如果把这些思想透露给他人，不像人们选择用语言表达的思想那样，它们提供的有关他人意图和能力的信息会更少而不是更多。隐藏某人的“内部思想”不过是有选择地说出某些思想并以此来交流某人意图和价值的另一面而已。与此相类似，着装起到的作用就不仅仅是保护某人不受这些因素的影响，而且也公开表明了他的价值和喜好。如果我们光着身子到处转，想到什么就喋喋不休说个不停，那么我们显露的有关自我的信息就不如我们精心打扮、说话有节制时所显露的信息。这并不是说虚伪客套是社会关系中最重要的润滑剂，经济学对此也没有显而易见的解释。这里的要点在于，如果甲视乙为一个潜在的商业伙伴，那么，

〔18〕 请比较韦斯汀（Westin）关于古罗马时期富人住宅紧靠穷人住房的描述。Alan F. Westin, *Privacy in Western Society: From the Age of Pericles to the American Republic* 44 (Report to Assn. of Bar of City of N. Y. Spec. Comm. On Sci And Law, Feb 15, 1965). 这一格局在许多欧洲城市一直到今天仍然如此，但在美国却很罕见。

〔19〕 我已经讨论了与不实陈述以及因自我保护而隐藏无关的缄默

说乙看上去像个法国佬，就没有清楚表达甲对乙的真诚看法（甲珍视乙这位潜在的商业伙伴），而是搞乱了。[20]（处在隐藏信息与瞒人之间的一个好例证是染发。其目的也许是要传达自己是一个什么样的人，或者是想隐藏自己的年龄，或者两者都有。）

衣着、装饰、化妆以及诸如此类起到的作用都不仅是交流，而且还有瞒人的作用。[21]可以想见，这一点也许解说了为什么对奢华 241
服饰偶尔也会予以规制。在14世纪，

> 世袭贵族最反感的就是暴发户模仿他们的着装和举止，并因此混淆了社会永恒序列之间的界限。衣着华贵被认为是贵族的专有权，从禁止他人穿着的服装就可以辨别贵族。为了把这一原则确立为法律并防止"各种各样的人以令人无法容忍地过分服饰侵犯他们的身份和地位"，当时曾多次宣布限制奢侈的法律，试图规定人们可以穿什么样的服装，以及他们可以花多少钱。[22]

对这一分析的第二点限制是竞争性信息提供也许会导致信息产出的（从效率观点上看）过度。[23]某个厂商的广告宣传起到的作用也许有一部分就是抵消了对手厂商的广告宣传，对以服饰、举止以及其他自我推销形式发布的真实信息也可以这样说。即使发布的信

---

〔20〕 如果上述分析不错，那么，通过裸体、极端直言以及其他流行的群体疗法来改善社会交往的努力从根本上就弄错了。关于衣着的信息作用，请看，Irwin Altman, *The Environment and Social Behavior: Privacy, Personal Space, Territory, Crowding* 36 – 37 (1975).

〔21〕 与此相关联的，关于男性商业总经理的整容，请看，Laurel Leff, "A Secret of Success: Be Good at getting Wrinkles Ironed Out," *Wall Street Journal*, Nov. 5, 1979, p. 1.

〔22〕 Barbara W. Tuchman, *A Distant Mirror: The Calamitous 14th Century* 19 (1978).

〔23〕 请看，Jack Hirshleifer, "The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity," 61 *American Economic Review* 561 (1971).

息为真，每个人都努力大声并清楚地发布信息也许还是导致了有关个人性格的信息超出了最佳量，这也就是说，如果交易费用为零，大家都同意减少信息发布，对大家都更好。[24]在商业企业和私立学校偶尔可以看到有关着装规定，尽管其明显意图是要提高着装标准，但有时也许产生的结果相反，即降低了着装水平和费用。而这也许是真正的意图；限制服装的多样性降低了用于这种形式之自我推销的资源数量。

秘密和创新

私隐是一种控制和瞒人，对这种有关私隐的观点的最重要限定
242 涉及到观点创新和私人交谈。信息具有公共的特性，这使信息很容易为他人占用。这种占用使这一信息的初始生产者无法补偿自己的信息生产投资，因此减少了这种投资的激励。要克服这一问题，与通常理解的市场体制兼容的有两种方法。首先是明确设定信息的产权，就像专利法和著作权法规定的那样。第二种方法是秘密，意思是信息生产者独占使用这一信息直到他有机会从中获利才对外泄漏。

如何选择这两种方法，这取决于具体境况下对相对费用和收益的掂量。就收益而言，我们可以比较一下制定法的著作权和普通法的著作权。前者规定作者对自己的著作有产权；没有他的授权，任何人都不能复制。普通法著作权使用的则是秘密：只要作者还没公布其手稿，法律就保护他，未经授权，他人不得传播。[25]很明显，

---

〔24〕 关于信息发布的经济学分析，请看，A. Michael Spence, *Market Signaling* (1974).

〔25〕 普通法的著作权并不简单地是非法侵入法的一个方面。如果A合法地待在B之住所，复印了B的手稿，没有移动或损害手稿，这里就不存在偷窃或挪用（conversion），却侵犯的B的普通法上的著作权

如果一个作者想公开自己的著作，或是如果某种发明一运作起来就立刻会泄漏其中的创新，那么秘密这种方法就会自挖墙脚。并且，即使是秘密能提供某些保护（也许在盗版印制并发行之前，出版商就已经获得了相当大的收入），这种方法也许还是极端昂贵。例如，这也许会导致加速出版，并且是秘密出版，成本也会比如果作者对已出版著作有产权的状况高出很多。或者，某种秘密程序也许在另一行业适用也很有价值，但是程序的所有者担心出售这一程序，因为这一秘密也许会泄漏到竞争者手中。

而另一方面，实施信息产权的成本常常与应受保护的信息价值不相称，比方说，就不可能用专利制度来保护某位主人的很受欢迎 243
的晚餐菜谱。并且，对信息追根溯源的费用也常常使人们无法依赖某种产权体系，比方说，如果思想——与受专利和著作权法保护的、有具体载体的思想不同——也可以获得专利或著作权，那么侵权的范围以及确认侵权的难度都太大。因此，秘密是鼓励信息生产的一种重要社会工具，在正式的知识产权体系还没有发展起来的地方，尤为如此。因此，法律并不要求精明的侃价者向对手透露自己对物品价值的真实看法。而“精明的侃价者”，我指的至少部分是为获取有关物品真实价值的信息而投入了资源的人。如果强迫他把这一信息同潜在的卖家分享，他就没有获得投资的回报，不断把物品移作更有价值使用的自愿交换也会受到损害。因此，即使因此侃价过程中缺乏坦诚，剥夺了这一过程的某些“自愿”特点，也不强迫他这样做。类似地，法律对以众多假名小额定购股票而成为某公司股票的大宗买家（因此，他的活动不会使卖家了解到自己低估了该股票的价值）也不予以处罚。[26] 秘密不仅对保护投机者为获取信息的投资利益（这些信息对于根据条件变化及时调整市场至关重

〔26〕一次非常大量的购买要比多次少量购买更不可能是随机事件，后者可以表示调整投资组合，未必是由更佳的信息推动的。

要）不可或缺，而且对保护厨师或家庭主妇（她以自己富有想像力的烹饪“买来”了朋友的尊重）的信息投资也不可或缺。类似的，我认为，所谓“律师产品原则”（attorney – work – product principle）最好也是理解为要用秘密来保护律师（以及顾客）在案件研究分析上的投资。

以上我说的似乎是任何信息都应是创始者不可侵犯的财产。但
244 这并不是经济学理论的寓意。产权的目的，或者对秘密给予法律保护——以此来替代明确的产权——的目的就是创设投资激励，激励信息的创造。当信息并非某个重要投资的产品时，保护这种投资的理由就弱化了。什么样的保密是社会可欲的，什么样的保密是欺骗的，在划定这一界限时，这是一个重要的考虑因素。[27]这也许可以解说，为什么普通法常常要求房主向买房者告知住宅的潜在（即非明显的）缺陷。[28]拥有和维护住宅都是生产活动，这种活动的成本很高，但所有者要了解自己的住宅有什么缺陷不用什么花费（或几乎不用）。因此，要求他透露住宅的缺陷也不会使他想节省下这笔费用。

交流的私隐

交流（信件、电话、面对面交流或其他）是揭开事实的中介。也许看起来，如果这里的事实是为促进创新而渴望了解的秘密，那么交流就应当优先，而如果这些事实都是不光彩的事实，交流就不应优先。但这种进路过于简单。交流除了会揭示有关言者或听者的事实之外，它也许还会涉及到第三方。如果这个第三方知情，言者就会修改这一交流。这一修改会成本很高，既增加了思虑的时间，

〔27〕 请看，Anthony T. Kronman, “Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts,” 7 *Journal of Legal Studies* 1 (1978).

〔28〕 请看，William L. Prosser, *Handbook of the Law of Torts* 698 (4th ed., 1971).

也减少了交流的明晰。例如，如果 A 在同 B 交谈中贬低了 C，C 听到了，C 就很可能愤怒或沮丧。如果 A 不希望引出 C 的这种反应（因为 A 喜欢 C 或是因为 C 也许会因这种贬低而报复 A），那么，A 如果知道 C 也许正在听谈话，他就会避开这种贬低。A 会更小心地选择语词，而这种加上了审慎和含混的交谈会减少交流的价值，增加交流的成本。应当明确，如果这种贬低是虚假的并有损于 C，这里就有一种相互抵消的收益。但是，没有理由相信，一般说来，私人交谈中贬低的虚假成分比真实成分更多；并且由于真实成分有可能被当作虚假成分公开出来，因此真实成分可能受到压制。如果 A 对 B 真实地说 C 说谎，从中 A 也并无实质的收益，而只是带来 C 的愤怒，那么，当 A 知道 C 有可能听到这一交谈时，也许就会诱使 A 不传播这种对于 B 很有价值的信息。除了其他原因外，这就是为什么学术刊物的审稿人要采取匿名评审的理由。

245

这一分析隐含了偷听不是一种有效率的发现事实的方法。如果人们了解有被偷听的危险，那么，他们的谈话就会改动，就会减少谈话对第三方的信息内容，而社会就会为此支付某些代价。在非交谈的信息中，类似的例子会是这样一种人，他有犯罪记录，法律不给他隐藏这种记录的权利，因此他竭尽全力避免他人发现，他会改变自己的姓名、工作地和居住地，甚至会改变外貌。如果拒绝承认有关个人不光彩信息的产权的主要后果只是增加了费用，即用一些费用很高但很有效的方法来掩盖自己的形迹，那么社会的收益就会很小并且很可能是负值。当托马斯·伊格顿 1972 年被提名为民主党副总统候选人时，他本来是不可能隐藏他的精神病史的，但由于交谈是私隐的，他就可能隐藏自己对第三方的看法。[29]

---

〔29〕一个居于这两者之间的情况是，审前开示制度对公司保留记录政策的影响。所保持的记录很少且不那么坦诚，但如果不保持某些文件，一个组织（特别是一个大的组织）就无法运作。

巴克利修正法案带来的并且每个学术机构管理人员都非常了解的实际经验提供了一些证据，支持了上面的分析。[30]这一法案允许
246 学生可以查看别人为他们写的推荐信，除非是学生事先放弃了这种查看权。几乎所有学生都作出了这种放弃，因为他们知道这样一封被推荐人可以查看的推荐信要比一封私人信件的信息价值小得多。

另外一个事实也支持了我关于交谈私隐的分析，即随着社会的发展，说话已变得不那么正式了。就像本书第6章提到的，初始民族的语言要比20世纪美国人的语言更为讲究、更仪式化、也更讲礼貌。理由之一也许是初民社会缺乏私隐。很少有真正的私人交谈，通常都有第三方在场，因此必须考虑到谈话对他们的影响。（即使是今天，当在场的人更多时，人们说话也都会更正规一些。）私隐的增长便利了私人交谈，因此使我们交流起来能够更经济一些，即言辞更简单干脆，没有什么客套，这在初民社会显然很罕见。[31] 如果允许偷听，就会从根本上削弱这种宝贵的交流经济性。[32]

---

[30] Family Educational Rights and Privacy Act of 1974, § 513, 20 U. S. C. § 1232g (1974).

[31] 克里福德·格尔兹写到："在爪哇，人们生活在竹墙小房子里，每所房子里几乎总有一个单一的核心家庭……周围没有墙或篱笆，房壁编织很单薄、很稀松，一般来说，都没有门。人们可以在房内随处随时走动，在白天和黄昏时分，其余外人几乎也可以随时自由进出。简单说来，这里几乎根本就没有我们所说的那种私隐……即使在这家人之间，关系都很紧张；大家都低声说话，不流露感情，即使在某个爪哇家庭中间，你也会感到你是在一个公共广场，必须行为端庄得体。爪哇人用一种礼仪使他人敬而远之，感情节制，无论是在言词上还是在行为上一般都不即然……因此，在爪哇，这里没有明确的公私界限；人们在公共场合和私人场合的举止基本相似，那种举止在我们看来至少会是很古板。"未发表的论文，引自，Westin，前注[16]，页16－17。

有关语言程式化与公众关注之间的联系，进一步的证据是，书面文字通常要比口头交谈更多修饰、更讲究语法并更正式。这部分是因为口头说话会涉及到额外几层的意思交流，即姿态和音调，这会使说话人不用那么精确的语词和语法就可以说清同样的问题。但是，另一部分是由于听众一般都要比书面文字的读者更年轻和更亲近，这就使说话含混不清的代价更低，并因此也就降低了以各种正式语言资源获得精确性的成本合理的投入。这种交谈中潜藏的含混也解说了：为什么当对广大听众讲演时，发言人通常都会准备一份讲稿。

[32] 应当明确，就像刑事共犯之间的交流一样，有些交流并不一定会同社会的生产性活动相联系。在这种情况下，偷听他人谈话实际是允许的，从社会的角度来看，这种偷听会减少人们的交流，但这并不是个坏结果，而是一个好结果，因为这会使犯罪活动的成本更高。

这种分析可以很容易延伸到那些获取他人笔记、信件以及其他私人文件的活动上；这些活动都会妨碍交流。因此，事实上，普通法之版权法的目的之一就是要保护日记和通信的秘密。[33] 赞同私 247
隐，反对影像监视（例如在某人家中）的理由也很强有力。私隐使人们可以在自己家中随意着装和娱乐，不必考虑这对其他人有什么影响。如果家中也属于公共领域，就会丧失这种本来会节省资源的非正式性。因为，人们着装并不仅仅因为着装对他人有影响，而且因为有前面提到的人们不愿暴露身体的因素，而这种保留就是为什么在这些地方要给人们一种私隐权的一个额外的理由，因为在这些地方要想避免偶尔的赤身裸体，费用会很高。

私隐领域的立法趋势

近年来，人们看到各州和联邦有关私隐的制定法大量增加，对此，我在本书第 10 和第 11 章有过考查。在这里，我只想提出在这一立法运动中有一个具有讽刺意味的现象。

我的经济学分析中隐含了这样一点，即商业信息的私隐一般说来应当比个人信息的私隐更受保护。对于企业家来说，秘密是获取自己创造的社会收益的一种重要手段，但在私人生活中，秘密更可能是用来隐藏不那么光彩的事实。并且，商业以及其他私人组织内部的交流（至于政府，我在第 11 章就表明，则有点特别）似乎也应当获得像私人之间的交流一样的保护；无论是哪种情况，没有私隐都会造成交流很费劲，会阻碍交流。但是，除了在第 11 章中讨论过一些例外，各州和联邦的立法趋势一直是在法律上更多保护私人的私隐，无论是事实的私隐还是交流的私隐，而对于商业企业以

〔33〕 这就像沃伦和布兰代兹强调的那样，请看，Warren & Brandeis，前注〔14〕，页 200－201

及其他私人组织的私隐的法律保护越来越少。一方面，防范非自愿泄漏有关个人事实（被捕记录、健康状况、信用价值、婚姻状况、性癖好）的保护在增多，[34] 而另一方面，由于联邦证券法、民权法、商业报告指南以及其他规制扩大了商业公开的要求（以至于一些公司不得不"悄悄行事"，以保证自己的计划和运作更多机密性），有关商业企业的事实日益匆匆涌入了公众的视野。

这种抬高个人私隐、贬低私人组织私隐的趋势，从经济学的立
249 场上看，很令人奇怪。经济学赞同交流要有私隐的理由与交流者是私人个体还是一个大学或公司的雇员其实没有关系；并且就信息私隐而言，经济学要求保护商业私隐的理由要胜过保护个人私隐的理由。

格林沃特和诺曼曾对此有过相反的结论。[35]他们对商业企业（或其他组织）的私隐利益和个人的私隐利益作了下面两个区分。首先是，他们论辩说，个人的私隐利益是一个权利问题，而商业私隐利益仅仅建立在工具性的、功利性的考虑因素之上。然而，他们承认人身私隐权的一些理由都是功利性的，即人们应当有机会隐藏自己昔日的不光彩或跌份的事实，以便"获得新生"，如果没有一些私隐，人们就不可能精神健全。但是前后不一致的是，他们完全没有考虑到赞同秘密的功利性理由，它刺激了生产活动的投资；这种正当化理由主要在商业语境中相关。

他们关于商业私隐权和个人私隐权之间的第二种区别是对我的关于企业或生产性秘密论点的歪曲反映。他们论辩说，要确立信息产权很难，甚至评论说，秘密仅仅是确立信息产权的一种方式。但

〔34〕 前面讨论的巴克利修正案就例证了这一趋势。其他的类似制定法将在下一章讨论。

〔35〕 请看，Kent Greenwalt and Eli Noam, "Confidentiality Claims of Business Organizations," in *Business Disclosure: Government's Need to Know* 378 (Harvey J. Goldschmid ed., 1979).

是，他们没有赞同以秘密作为创立信息产权的一种手段，相反，他们用信息市场不完善这一事实来为政府强制从商业企业那里获得私有信息提供理由。他们没有解说政府如何可能，也没有展示政府会，比企业更有效地使用这些信息。他们也没有考虑这种形式的公共窥探会对信息生产的激励产生什么样的影响。

其他私隐理论

对其他的私隐理论作一个简洁、或许有点偏颇的考查可以更好地理解经济学的私隐理论。我就从最著名的沃伦和布兰代兹理论开始。他们写到：

250

> 在各个方面，传媒都超出了得体和情理的边界。闲话不再是无聊堕落者的话题，而是成了一种努力，甚至成了肆无忌惮追逐的贸易。为了满足对于色性的嗜好，每天的报纸专栏都广泛传播着性绯闻的细节。为了让那些无所事事者有点事干，各专栏连篇累牍地充斥着无聊的流言，而只有侵入家庭圈子才能得到这些流言。随着不断前进的文明，生活的强烈和复杂已经使人们在世界中必须有某些退身，而在文化的精致影响下，人们对这种公众关注已经变得格外敏感，乃至独处和私隐对于个体来说已经变得更为至关重要；但是现代的事业和发明，已经通过侵入人的私隐，使人们受到的精神痛苦和压力远远大于仅仅是身体受伤害带来的痛苦和压力。而且，因私隐受侵犯而受到伤害的人们并不限于那些也许已成为记者或其他事业的目标的人们。在这一方面，就像在其他商业分支中一样，这种供应创造了这种需求。任何不得体的流言，一旦收获果实，就成了更多流言的种子。并且，与这种流传直接成正比，导致了社会标准

以及道德水平的降低。[36]

沃伦和布兰代兹的分析比较狭仄，其集中关注的是人们不被报纸绯闻栏谈论的权利，但是这一分析的基础却是一系列没有根据、不能成立的经验性命题：（1）报纸有意要努力降低读者的口味；（2）报纸发布的绯闻对被谈论者造成的伤害要比身体伤害更为严重；（3）传媒提供的闲话越多，读者对闲话的需求就越大；（4）阅读这些绯闻栏会损害人们的智力和道德。[37]

251 爱德华·布罗斯坦（Edward Bloustein）在那些把私隐同个人性联系起来的理论家中很有代表性：

> 一个人被迫每一分钟都生活在他人之中，自己的一切等求、思想、欲望、梦想或感激都受到公众的审视，他因此失去了个人性和人的尊严——这样一个个体就融合在民众之中了。他的看法，由于是公开的，一般就永远不会有差异；他的追求，由于是众所周知的，一般总为常规接受；他的感情，由于是在众目睽睽之下，一般会失去其独一无二的个人化的温情，成了与他人没有区别的感情。这样一个个体，尽管有感知力，却是非特

〔36〕 Warren & Brandeis，前注〔14〕，页 196。

〔37〕 在一段有维多利亚风格的纤细文字中系统阐述了最后这一点："尽管闲话显然无害，但当它广泛且不断流传时，就会成为潜在的邪恶。它既贬低人，又使人堕落。贬低人是因为它颠倒了事物的相对重要性，因此降低了人们的思想和追求。当个人的绯闻都获得了上报的荣耀，挤满了可供发表真正令社区有兴趣的事情的那部分空间，毫不奇怪，那些无知者和没有头脑的人都会误解这些事情的相对重要性。这些闲话理解起来很容易，对人性的弱点（这从来不曾因我们邻居的不幸和意志薄弱而完全放弃）也有吸引力，因此，也就没有谁会感到奇怪，绯闻会篡夺大脑的关切，而这个大脑本可以做其他事。无关紧要的琐碎同时摧毁了思想的强健和感情的细腻。在这种折磨人的影响之下，不再会有热情的迸发，也不再会有慷慨的冲动。"同上，页 196。

定的；他不是一个个体。[38]

从某个层面上看，布罗斯坦说的是，如果人们没有私隐，他们的行为就会与习惯性行为规范更为一致。这也就是说（略为简化点说），人们如果私隐少一点，他们的行为就会更好一点。他认为应拒绝这样的结果，显然是因为更多服从社会接受的行为格局会产生出（根据定义）更多的服从者，而他不喜欢这种人。但为什么？他一定是认为这一点是不言自明的，因为他根本就没有试图对此作出解说。

布罗斯坦并不认为公众关注不仅会减少对已被众人接受的道德标准的偏离，而且还会减少人们对常规思想、行为的创造性背离。 252
尽管有私隐也许确实是智识性创造的一个前提条件，但是在许多比今天美国人拥有的私隐要少得多的社会中，这些创造力都曾经很繁荣，其中包括古希腊、文艺复兴的意大利、伊莉莎白时期的英国。

查尔斯·弗里德（Charles Fried）论辩说，私隐对于爱情、友谊以及信赖这些基本价值是不可或缺的；“没有分享私有信息的亲密”，[39]爱情和友谊就不可思议，而信赖的前提因素之一就是不了解被信赖者在忙些什么：如果都知道，那也就没有什么需要依靠信赖了。但是信赖并不是什么自身值得珍视的东西，并不是当有完全信息因此信赖可有可无时就会失去、不存在的什么东西，信赖实际是对信息的一种不完满替代。并且，在那些几乎没有什么私隐的社会中，爱情和友谊照样很繁盛。布罗斯坦和弗里德的私隐理论都有文化的偏见（ethnocentric）。

即使在我们自己的文化中，有些人也质疑私隐是否更多支持

（38） Edward J. Bloustein, “Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser,” 39 *New York University Law Review* 962, 1003 (1964).

〔39〕 *An Anatomy of Values: Problems of Personal and social Choice* 142 (1970). 弗里德部分撤回了自己的观点，请看他的文章，“Privacy: Economics and Ethics: A Comment on Posner,” 12 *Georgia Law Review* 423 (1978).

了，而不是毁灭了我们珍视的价值。如果无知是信赖的前提要求，那么同样真实的是，知情（私隐会阻碍这一点）是原谅的前提条件。所谓现代社会的无序（anomie）、非人身化以及缺乏社区感，在其真实的程度以内，也许是同我们社会达到的高度私隐相联系的。

弗里德很明确地不希望把私隐权建立在功利主义考虑上，但是对非功利理由的追求，至今为止都失败了。很令人怀疑的是，这样一种寻求在非功利或非经济学地界上建立起来的对这些权利的分析能否用于私隐。把声誉作为一种“权利”，没有什么道理。声誉是其他人对我们的看法，我们没有权利控制他人的思想。[40]同样，我们也无权通过控制已知的有关我们的信息，来操纵其他人对我们的看法。然而，以私隐的名义追求的恰恰是这样一种控制。

253 格林沃特和诺曼还提到了另外一些珍视私隐的理由：“获得新生”和“精神健康”。第一个理由认为，那些犯过罪或超出了社会道德标准的人有权重新开始生活，这就要求允许他们隐藏自己以往的错误行为。第二个理由提出了一个作为事实的人类心理，即如果没有某些私人领域，人们可以在这样的领域内与自己的公共自我行为不同，并且常常是不光彩的不同，他们就不可能有效活动；他举出的一个例子是男侍在厨房里骂顾客，而在餐厅中讨好这些顾客。他们的第一点依据的是一个很流行但没有证明的假定，即人们对他人以往的犯罪记录评价不理性；因为只有当人们不理性地拒绝接受罪犯已改造成功的证据时，你才能论辩说，社会不公道地拒绝了让这个先前的坏人重新开始生活。第二点对直觉有点劝说力，但似乎夸大了异有文化的偏见，并且是作为一个单纯的断言提出来的；就

[40] 请看，Walter Block, *Defending the Undefendable: The Pimp, Prostitute, Scab, Slumlord, Libeler, Moneylender, and Other Scapegoats in the Rogue's Gallery of American Society* 60 (1976).

像下一章将显示的，现有的证据都相反

同样没有根据的是斯蒂文·夏维尔（Steven Shavell）的说法，[41] 即所谓在罗尔斯的"无知帷幕"[42]后运作的人，当他不知道自己是否会干一些不光彩的事，但希望自己一旦做了这种事之后对后果有什么保险时，他也许会同意把个人的不光彩事实掩藏起来。人们有可能作出这样的选择，但是，由于处于原始位置的人们的偏好函数不具体，以及替代的私人和社会保险也不具体，因此，人们只能得出这样的结论，即这种协议只是在原始位置上的一种可能结果。

私隐的侵权法

尽管沃伦/布兰代兹的论文激发了私隐侵权法的发展，但是演化出来的格局与他们的建议却非常不同，此外，布罗斯坦对普罗瑟（Prosser）描述私隐侵权法的权威文章[43]进行了批评，从中提出了他自己的私隐理论。那么，私隐侵权法是否可以更接近经济学关于私隐的思考，而不是非经济学的思考呢？本章的其余部分就要探讨这个问题。 254

商业私隐

侵权法的一些重大特点就隐含在我对经济学上能够成立的私隐权讨论中：（1）对富有创造性观点的秘密要给予实质性保护；（2）对有关个体的私有事实之"窥探"要采取自由态度；但是（3）对

[41] 在最近一个有关私隐的学术讨论会上提交的一个未发表的评论

[42] 请看本书第4章中有关罗尔斯的讨论。

[43] William L. Prosser, "Privacy," 48 *California Law Review* 383 (1960).

通过窃听获得这些事实的做法要加以限制。第一点是商业秘密法的领域，是不公平竞争侵权法的一个分支。尽管最有名的商业秘密种类是秘密配方或工艺流程，但法律对秘密的保护却更为广泛，即"用于某人经营自己生意中的几乎任何知识或信息都可以为拥有者秘密掌握"。[44] 在一个著名案件中，[45] 法院认定，对竞争对手正在建造的工厂进行航摄是侵权行为，法院还使用了"商业私隐"的术语来描述这种受保护的利益。这个决定例证了司法部门愿意保护这些秘密，使企业能够获得因自己的活动而创造出来的社会收益。

这种商业私隐侵权的外部边界应当画在什么地方？人们接受的边界是，一个企业可以购买对手的产品，并为了发现产品是如何制造的而把产品分解，哪怕是这种"反向推导工程"也许会暴露竞争者生产过程的秘密。如何把这种窥探同航摄区分开来呢？一个区别
255 是，如果法律允许对竞争对手的在建工程进行航摄，主要的后果不会是产生信息，而会是诱使对手花费资源隐藏该工程的内部结构。这些资源，以及用于航摄的资源会相互抵消，因此是社会的浪费。（请同前面讨论的对家庭内部的影像监视比较一下。）相比之下，反向推导工程则不大可能导致某个制造商以很高的费用来改变自己的产品。另一个区别在于，航摄也许会泄漏一些更难以替代的专利制度方式保护的秘密，而不是那种反向推导工程可能会暴露的秘密。

个人私隐

侵犯个人私隐的侵权有四个方面的问题：盗用（appropriation）、

[44] Smith v. Dravo Corp., 203 F. 2d. 369, 373 (7th Cir. 1953).

[45] E. I. DuPont de Nemours & Co. v. Christopher, 431 F. 2d 1012, 1016 (5th Cir. 1970). 又请看，Smith v. Dravo Corp.，前注〔44〕

曝光（publicity）、歪曲报道（false light）以及侵入私域（intrusion）。[46]

盗用。最早的明显涉及私隐权的案件是广告商未经某人同意就使用他或她的名字或照片，[47]把这些案件归类为"私隐"案件，有时会受到批评，理由是该法律经常保护的不是避免曝光，而是对盗用不给报酬，因为许多案件都涉及到一些渴望出名的名人。但只是对于那种试图把私隐权建立在所谓"隐藏个人信息有社会利益"的理由上的侵权理论，这一点才是一种尴尬。为什么个人对自己的被用作广告的照片拥有产权，对此经济学有很好的理由：这种产权分配将保证由最看重该照片价值的广告商来购买这一照片。把这一照片作为广告商的公有财产则不会实现这一目的。

布罗斯坦教授不承认这个"曝光权"的经济学基础，他试图把这一私隐法的分支作为对市场的批评，而不是对市场的正面支持。[256] 他写道："为了商业目的使用一幅照片，就是把人当成了一种商品，并使他为经济需求以及他人利益服务了。"[48]但这并不是侵权法的理论。侵权法并不禁止一个人"为了商业目的"使用自己的照片；侵权法赋予他这样使用照片的产权。例如，在赫兰实验室诉托普斯口香糖案（*Haelan v. Topps Chewing Gum*）[49]中，法院就判定，当某个棒球球员许可某口香糖制造商在广告中有权独家使用自己的图片时，其他没有得到这位被许可者允许的口香糖制造商，就不得使用这一图片。"一个人对自己相片的曝光价值拥有权利，也就是说，

[46] 对这一领域的法律原则的一个很好概括，请看，Prosser，前注[28]，第20章。

[47] 请看，例如，Pavesich v. New England Life Ins. Co., 122 Ga. 190, 50 S. E. 68 (1905).

[48] Bloustein，前注[38]，页988。

[49] 202 F. 2d 866 (2d Cir.), cert. Denied, 346 U. S. 816 (1953).

他有权授予他人独家公布自己图片的特权。"[50]

也许，这似乎与法律允许一家杂志社不经订户同意就向另一家杂志社出售自己订户名单的做法不一致。[51]然而，要获得订户的认可，其费用——相对于这一名单的价值来说——过高，因此赫兰案件的交易解决方法就不可行。[52]更重要的是，大量使用订户名单并没有减少这一名单的价值，而大量使用同一照片来推销不同的（特别是竞争的）产品就会使这一照片的广告价值降到零。因此，被摄影的个体拥有配给自己照片使用者数量的产权就很重要；杂志的订户则并没有可与之相比的利益。

曝光。如果未经同意某个广告商就用某人的图片，此人的法定
257 权利就受到了侵犯。但是如果同一图片出现在报纸的新闻版，则不存在侵权（至少如果此图片不令人尴尬，也没有错误报道此人——这些都是分别的侵权理由，后面再讨论——是如此）。这里的差别对待乍看起来很专断。如果发表的某人照片代表了他类似照片中最有价值的使用，为什么不要求报纸从他手中购买这一照片的发表权呢？

一个肤浅的回答是新闻图片具有一些公共物品的特点，而当广告商使用这同一图片时则没有这些因素。一家报纸，它投入了资源，寻找人们都感兴趣的新闻，它也许不能占有这一发现的社会收益，不能收回其投资，因为对手可以接过这一新闻加以传播，只是稍晚一点，并且无须给首家报纸什么补偿。换言之，这第一家报纸的研究创造了一种外在收益，而要补偿这家报纸带来的这些收益，

---

〔50〕 同上，页868。类似的案件，请看，"Note: The Right of Publicity – Protection for Public Figures and celebrities," 42 *Brooklyn Law Review* 527, 534 – 541.

〔51〕 请看，Shibley v. Time, Inc., 45 Ohio App. 2d 69, 341 N. E. 2d 337 (1975)。

〔52〕 有几家杂志向订户提供了这样的选择，即把订户的名字从出售的名单上消除。但这一解决方法不能令那些讨厌收到某些杂志但不反感所有杂志征订单的订户（假定是大多数）满意。

方法之一就是允许它把自己的成本外在化（至于该方法是否最佳，这是另外一个问题）。但是，想起来，这种做法也许可以解说为什么报纸不必向自己报道的有新闻价值者支付什么，但它解说不了为什么报纸有权印制图片而无须支付。报纸可以对该图片享有版权，因此没有其他什么传媒对手可以不经该报许可就再次发表这些图片。[53]

然而，还有另外两个理由，也许可以解说法律对待广告用图片与新闻专栏使用同一图片之间的差别。首先，在广告推销中要比在新闻中处理产权的社会成本更大。就像前面提到的，如果任何广告商都可以用一个名人的照片，照片的广告价值也许会受损害。因此，如果X牌啤酒在自己的广告中用名人A挣了钱，竞争的另一种啤酒也许会使用同一照片，直至这一图片不再有任何广告价值。相比之下，竞争的报纸大量使用某个名人的照片不大可能减少这一照片对于阅报公众的价值。第二，在新闻使用的情况下，如果这位名人对照片拥有产权，他也许会按照自己的喜好来使用这一产权，向公众错误表现他自己的形象，他也许只允许报纸发表一幅特别讨人喜欢的照片。因此，除了把照片产权归公外，很难防范这种形式的虚假广告。 258

当这种曝光令曝光者不快甚或尴尬时，更没有多少理由赋予曝光者以产权。在这里，这种曝光似乎是在为这种制度化的窥探功能

---

〔53〕甚至在太姆公司诉伯纳德·基斯联合公案（Time, Inc. V. Bernard Geis Assoc., 293 F. Supp. 130 (S. D. N. Y. 1968)）之后也还是如此。此案判决认为，"公平使用"版权的例外甚至包括这样的出版物，一本关于肯尼迪总统被刺的书中，对扎普鲁德（Zapruder）有关这一刺杀的胶片有详细、精确的碳笔速写。法院强调在原告和被告（他并没有出版一份杂志）之间并不存在竞争。此外，这本书也没有重印这一照片。另一个经济学考虑是，由于扎普鲁德胶片制作的特定条件（一位业余爱好者，碰巧拍下了总统的被刺），否认对这一胶片予以完全的产权保护，这不大可能会对未来这类胶片的制作产生什么影响。

服务，而这种制度化的功能，正如前面提到的，对于一个私隐很大因此不光彩事实很容易掩藏的社会很重要。这个结论一般来说是正确的，一般也是这些案件得出的结果；但是世界上还有一类事实，这就是个人不想公开的事实，而且，把这些事实都曝光，社会价值也很有限。假定某人鼻子畸形，这一点同他打交道的人当然都了解。某家报社的摄影记者抢拍了该人的一张照片，并在一篇关于人类丑陋的故事中发表了。由于这种畸形对同他交往的人并不可能隐藏或没有隐藏，因此发表这样的照片并没有纠正可能被曝光者利用的某种错误印象。应当肯定，报纸的读者能看到这一照片，就获得了一些价值；否则的话，报纸也不会发表这幅照片。但是由于这个个体希望扣住这张图片，他的这种欲求与任何商业市场或社会市场的瞩人都无关，因此，没有理由假定这一曝光的社会价值就大于隐藏的价值。在这种情况下，恰当的社会回应是被曝光者对自己的照片拥有产权，如果报纸想发表一幅有关他的鼻子的图片，就必须向他购买。[54]

259 每日时报民主党诉格雷厄姆案（*Daily Times Democrat v. Graham*）[55]就是这样的一个案件。在游乐宫，一股气流把一位妇女的裙子吹了起来，卷到她的腰间，有人拍了她的照片。当地报纸未经她的同意就发表了这幅照片。法院判定这家报纸侵犯了她的私隐权，法院强调，她进入游乐宫完全只是为了陪伴孩子，也不了解气流，这一点没有争议。在这种情况下，这幅照片不可能传达任何信息，使她的朋友和熟人可能纠正对她性格的误解。

---

〔54〕这一设想的案件是格利芬诉纽约州医学会（Griffin v. Medical Society of State of New York, 11 N. Y. S. 2d 109 (Sup. Ct. 1939)）案的事实提出来的。然而，在这个案件中，照片是发表在一份医学杂志上的，而不是发表在某家报纸上，并且这一诉讼是基于所谓的为广告目的而盗用照片。兰伯特诉道化学公司案（Lambert v. Dow. Chem. Co., 215 So. 2d 673 (La. App. 1968)）与这一假想案更为接近。

〔55〕162 So. 2d 474 (Ala. 1964).

上面的分析看起来似乎是支持承认私隐权，只要是（1）不涉及瞎人的因素，以及（2）照片产权的购买者可以用版权来保护照片包含的信息，以此来排除任何外在性。然而，当被摄事件的性质使交易费用变成禁止性时，这个规则就必须有一个例外。比方说，只有发表才能保证照片的新闻价值，但由于时间的限制，摄影者无法识别所摄游行观众人群中的某人，或不可能同被摄事故受害人谈判，这时如果把照片产权配置给被摄者，就没有效率。在前一种情况下，很明显，一般说来，这里的产权对摄影者要比对照片上的主体更有价值。在后一种情况下，这个结论就不那么清楚了，因此，即使不考虑在此我将不讨论的宪法第一修正案的因素，也必须有某种类型的成本收益平衡。过一会，我会讨论如何进行这种平衡。

上面讨论的一些案件可以同另一些案件区分开来。比方说，某家报纸揭露了某人曾试图对自己的朋友和熟人隐藏的、以前的非法或不道德行为。由于在评价某人要求获得的友谊、尊敬以及信赖时，这些信息具有无可否认的重要意义，因此法律保护这种隐藏就会与对虚假产品广告的处理方式不一致。尽管如此，加利福尼亚州有一个案件，梅尔文诉雷德案（*Melvin v. Reid*），[56]就认定私隐权一直延及这种信息。这个案件很有点特别，因为在上诉中它的态度是要求法院接受原告的指控为真，这意味着暴露她不光彩的往昔不会给任何人传达任何有用的信息。[57]加利福尼亚州后来的另一个案件，布利斯克诉读者文摘联合会案（*Briscoe v. Reader's Digest Association*），[58]认定私隐权并不延及晚近（而不是很久以前的）犯 260

[56] 112 Cal. App. 285, 297 P. 91 (1931).

[57] 指控的事实中有"在无罪释放后，她放弃了自己的羞耻生活，完全改造了自己；在1919年，她同伯纳德·梅尔文结了婚，承担起了照看他们家庭的义务，此后一直都过着一种模范的、有美德的、值得褒奖的和正当的生活。"112 Cal. App. at 286, 297 p. at 91。

[58] 4 Cal. 3d 529, 483 P. 2d 34, 93 Cal. Rptr. 866 (1971).

罪史的信息。从经济学的立场看，这一区分使法律向正确的方向迈出了一步，但还不够。就预测某人的未来不当行为而言，很久以前的犯罪记录确实不如晚近的犯罪记录更相关，（了解这一点的人都会对这些信息打折），但不能说很久前的犯罪记录对人们考虑是否与之建立或继续社会或商业关系基本无关；如果无关，公布这些记录就不会伤害此人。[59] 隐藏自己以往的犯罪行为的人并不是出于羞怯，而是因为潜在的熟人都很明智，会把犯罪记录当作判断同某人交往有无价值的不利证据。按照这种分析，人们就不会感到奇怪，加州以外的法院都拒绝了梅尔文诉雷德案的原则。[60]

261 在一个重要案件中，尽管原告没有瞒人的可能，法院还是拒绝承认对他的曝光侵犯了私隐权，这就是西迪斯诉 F－R 出版公司案

〔59〕是否可以将有关犯罪史的私隐权建立在鼓励罪犯改造的社会政策之上呢？在梅尔文诉雷德案中，法院的意见中流露了一丝这种观点，但是尽管改造也许会减少累犯，但它也减少了预期的惩罚成本；因此，人们并不清楚，在一个强调改造的制度中，是有更多的还是更少的犯罪。这里还有一个问题，即隐藏是否一种“公道的”改造手段，因为它把有可能是巨大的成本加到了那些不了解交往者是前罪犯的人身上了。

支持梅尔文决定的另一因素也许是这样一种与经济学分析不协调的信仰，即人们对有关往昔犯罪行为的信息会作出不理性的反应。《侵权法重述》就有一个前罪犯的例子，他名为维尔金，尽管完全改造好了，但当有关他的经历在新闻上曝光后，他就被毁掉了。American Law Institute, *Restatement (second) of Torts* § 652 D, illustration 26 (Tent. Draft No. 22, 1976). 这个例子假定的是完全改造好了，是这一信息毁灭了维尔金的职业，这种说法是说同维尔金交往的人都不理性——也许《重述》起草人指的不是不理性，而是指理性地把判断建立在部分信息的基础上，对以往犯罪行为看得过重，而不进行一种彻底的、在少数案件中会消除这种看重的调查，这不是不理性或有恶意；这是一种信息成本经济化的做法。

〔60〕请看，Rawlins v. Hutchinson Publishing Co., 218 Kan. 295, 543 P. 2d 988 (1975); Don R. Pember & Dwight L. Teeter, Jr., "Privacy and the Press since Time, Inc. v. Hill," 50 *Washington Law Review* 57, 81－82 (1974). 依据侵权法得出的这一结果已经得到了联邦最高法院的一个决定的强化（Cox Broadcasting Corp. v. Cohn, 420 U. S. 469 (1975)），在该案中，联邦最高法院判定宪法第一修正案也许赋予了一种发表任何东西的特权，无论发表的记录是何等遥远。我会在第 11 章中讨论这一决定，它的事实是可质疑的。

(*Sidis v. F – R Publishing Corp.*)。[61]《纽约客》杂志发表了一篇"今在何方"的文章，讲的是当年的数学神童西迪斯，长大后成了一位偏执的隐居者。你可以论辩说，《纽约客》的曝光为打算同西迪斯交往的人提供了很有用的信息，但这种论点相当牵强；因为西迪斯极其希望保持私隐，同他人几乎没有交往。西迪斯的私隐极端到这样的程度，即即使是西迪斯当初为自己的生活故事开出了价，《纽约客》也许也不愿支付。[62] 但是，我在前面曾暗暗提到一个突出的经济理由，为法院的这一决定，即发表这篇文章并没有侵入西迪斯的法定权利，提供了某些支持：这个故事有新闻价值，即它满足了公众对于神童的广泛兴趣。但是，一旦《纽约客》发表了这一故事，其他任何杂志或报纸都可以不予补偿地发表《纽约客》（也许是通过昂贵的研究）收集到的事实，只要是再发布中没有原版故事的实际文字就可以了。由于潜在的出版商有限，因此就没有这样一种市场的机制，可以通过它把《纽约客》的信息的全部社会价值同与西迪斯商谈购买生活故事权联系起来。在这种情况下，不赋予西迪斯这种权利——换言之，允许《纽约客》把研究的某些社会成本（即那些强加在西迪斯身上的成本）外在化——就有一个说法，因为必须把其中的某些收益外在化。 262

这一分析也许看起来忽略了一个简单的方法，这种方法既可以减少这种曝光对于西迪斯的成本，同时又不会严重损害这一发表对于《纽约客》或其他发现这一故事的其他杂志之读者的价值；方法就是在故事中不用西迪斯的真名。但是要想有效隐藏西迪斯的身份，这一杂志可能还不得不改动其他一些细节，而这些改动都会大大减少这一故事的信息价值，即读者不能肯定自己阅读的究竟是事

〔61〕 113 F. 2d 806 (2d Cir. 1940).

〔62〕 然而，有个事实却表明了另一种可能，这就是西迪斯曾同意写作这一故事的《纽约客》记者来采访

实呢，还是故事。然而，在巴伯诉时代公司案（*Barber v. Times, Inc.*）中，[63] 法院判定一家杂志侵犯了个人的私隐权，因为在一个有关女主人翁得了某种众说不一的疾病的故事中，杂志社用了她的真名；这个故事的新闻价值是独立于使用她的真名的。

所有这些并不是说西迪斯案的结果一定正确，特别是从一种全球经济的意义上看。仅仅因为《纽约客》的故事也许会产生外在收益，并不自然而然就得出，这个故事的总和收益超过了其全部成本，其中包括西迪斯的成本。显然，法院很难进行这种比较。然而，法院确实曾做过这样的努力；在决定报纸曝光是否合法时，法院考察了公开的细节是否令人反感以及这一公开本身有多少新闻价值，而令人反感和新闻价值就分别作为了这一公开的成本和收益的代表。[64]

然而，这两个代表都极端粗糙。因此，就提出了这样的问题：
263 既然法律不是为抵消因不承认这一领域（新闻）的产权带来的无效率而在另一领域（私隐）中废除产权，为什么法律还不承认新闻的产权呢？要回答这一问题，我们会走得太远，会脱离私隐领域，而同版权法的法律和政策难题纠缠不清。但你也不可能就此打住。如果由于可行性的难题，不可能把版权保护延及到一些思想观点上，却仍然有这样一种需要考虑的可能性，即也许西迪斯可以对有关自己的某些事实得到产权；如果《纽约客》从西迪斯那里买下了这些产权，它就可以对任何以自己的方式发表西迪斯故事的报纸和杂志强制执行这种产权。这一解决方案会把西迪斯的案子都归到鼻子畸形之男子那一类案子中，但还是会涉及严肃的、在此无法充分讨论

[63] 348 Mo. 1199, 159 S. W. 2d 291 (1942).

[64] 用《重述》的语言来说，公布的事实，要想可以提出诉讼，就一定要是"这种情况，它（a）对一个常人会非常令人反感，以及（b）不是公众的合法关切。" *Restatement*，前注〔59〕，页 20。

的实践难题　在此，要评价法律为——或许是如此——抵消报纸因对新闻没有产权而给予报纸的其他特权，也不是恰当场合。然而，很明显，一个完整的新闻媒体法定权利义务理论还要考虑，在多大程度上，汇集新闻会带来外在收益，以及承认新闻产权是否不比社会现在给予传媒界的许多豁免更有效率（这些豁免以世界上诸如西迪斯这样的人为代价），以便补偿传媒界对自己劳动成果不拥有产权的情况。

现在我对这一节作一个概括。法律粗略区分了丢脸的和不丢脸的私有信息，并且，如同从经济学的立场来看应当如此的那样，给前者的保护要少得多　尽管在加利福尼亚州，从经济学立场看，这种保护还是太多了。当不涉及任何瞒人的私隐时，这种保护更宽一些，但由于外在性的问题以及交易费用问题，这种保护很有限。外在性问题和交易费用问题都反对给予私隐——哪怕是不丢脸的事实，比方杂志订户的名单[65]——以完全的法律保护。《侵权法重述》的检验标准在"令人反感"和"新闻价值"之间保持平衡，它以一种 264

65] 在这一案件中，另一个考虑因素是，这一曝光的事实，即上了名单的人是一个具体杂志的订户，并不是非常个人化的事实，透露这一事实对一般人来说并不令人反感　如果这一名单是出售给了订户认为令人反感的一家杂志，就可能会有这种冒犯，但是，这也不大可能成为一个严重的问题　无疑，如果征订杂志是《花花公子》，《基督教母亲》的许多订户就会感到反感，但是《花花公子》的出版商也不大可能希望购买《基督教母亲》的订户名单

有一个在某些方面类似的案件涉及到人口普查，是否应当要求人口普查局购买它在访谈公司或家庭获得的并且它也希望得到的有关信息？如果价格统一，如果要求它购买，他得到的抽样就会扭曲；不考虑对抽样的不同公司和家庭来说，提供这种信息会有不同的成本（因此它们给予合作的要价也不同），要想获得有代表性的抽样，人口普查局就不得不运用一种复杂的价格区别体系，但这也还是不能保证抽样具有代表性。在这种情况下，强制获得信息似乎要便宜多了　并且提供信息对于这些接受访谈的人和公司来说，成本也很小，因为政府采取了防范，不会让债权人、征税员或其他也许可以使用这些信息获得好处的人得知这些信息。交易费用的考虑，再加上对提供信息的个人损害很有限，这就构成了另一个理由，对私隐不予法律保护，即使这些信息与不光彩行为毫无关系。

粗略的方式抓住了这个问题的经济学精髓。但是，如果把这一标准限定在一类特定案件上，即没有起到揭露真相作用的曝光案上，它会是一个更好的经济学检验标准。如果暴露的东西是某人隐藏起来的、为了蒙骗他人的，那么，这一曝光令他反感，广大公众也没多大兴趣，这一点还不是一个保护他的私隐的更好理由，还比不上商家提出的、允许自己以虚假广告推销自己商品的论点。

歪曲报道(false light)。有时，私隐权原告要求得到损害赔偿，因为报纸或其他新闻媒体歪曲了有关自己的事实。名誉侵权法，就像许多评论者提到的，涵盖了这些理由相同的案件，将之都归为歪曲报道私隐侵权案。存在这样一种侵权法看来也许一定要得出这样一个结论，即对歪曲报道某人应当可以提起诉讼。然而，经济学有一个论证，对这种情况，法定救济既不需要，也不恰当，因为侵权法可以而且也应当把真相留给观念市场竞争来确定。然而，这种论证忽略的是，
265 新闻媒体之间的竞争也许不会考虑把被歪曲报道者的全部成本。假定《生活》杂志上登了一篇关于有某家人被劫持成了人质的文章，文章不确切地说劫持者打了他们，骂脏话，全家受尽侮辱。这一文章就给私人和社会都带来了成本，因为它传达了一些关于这一家庭的错误信息，也许使其他人不敢同这家人再发生社会的或其他的关系。如果公众要求精确报道这家人的特点，那么另一家竞争杂志也许会发表一篇报道，会纠正《生活》杂志的故事造成的歪曲印象，但这并不肯定。在考虑是否发表这样的一篇文章时，竞争者不会考虑纠正这一错误对这一家庭以及对那些可能同这家人交往的人有多大收益，它只会考虑读者对这样一篇文章是否会感兴趣。[66]

考虑到前面的观点（即发表有新闻价值的文章会产生外在收

[66] 请看，例如，Time, Inc. v. Hill, 385 U.S. 374, 407–408 (1967)，大法官哈兰的分立意见。应当明白，这一家庭原则上可以通过付款给《生活》杂志来纠正错误信息，但这一解决方案，与侵权责任相比，会有不幸的特点，即它会鼓励那些不确实的报道。西尔案(*Hill*)和考克斯案(Cox)(前注[60])一样，例证了宪法第一修正案侵入了普通法的私隐侵权法领域，这个问题我将在第11章讨论。

益，这也许是允许报纸或杂志把自己的成本外在化的正当理由），这个经济学论证似乎不能一锤定音。然而，以歪曲事实的方式来鼓励成本外在化，会很没有效率，因为歪曲会减少社会收益，也会降低出版的成本。

这一节的分析碰巧也提示了，为什么法律限制政府官员以及其他公共人物就名誉受损寻求法律救助。公共人物具有的地位，增加了他进入传媒的渠道，他的否认也有新闻价值，因此便利了由市场，而不是由法律来确定有损名誉的指控的真相。这一分析也许还以类似的理由解说了为什么普通法传统上一直不愿承认竞争商有权因对手错误贬低了自己的商品而获取赔偿；[67] 因为被贬低的竞争者可以用贬低者用过的、同样的广告媒介来反驳那些不真实的指控。

侵入私域。窃听、室内影像监视、搜查私人记录寻找有关某人的信息以及穿透围绕人们的私隐之壁侵入私域的类似手段都属于侵 266
权行为，[68] 这个结果与经济学分析是一致的，但也有一些涉及到“显然监视”的案件，例如，侦探一直追随着某人，则提出了更为困难的问题。在法院判决认定“显然监视”构成侵权的案件中，一个共同的主题都是这种监视过分侵入了私域，超出了为发现私人信息的合理需要，因此构成了一种恫吓、羞辱或分散注意力的手段。例子之一就是奥奈西斯（Onassis）女士与咄咄逼人的摄影家罗·盖勒拉（Ron Galella）的案子。[69] 法院肯定了盖勒拉有权拍摄奥奈西斯女士的照片，但要求盖勒拉严格“保持距离”。盖勒拉获取照片的手法损害奥奈西斯女士活动自由的程度已经不能用“获取更多信

〔67〕 请看，American Washboard Co. v. Saginaw Mfg. Co. 103 F. 281 (6th Cir. 1900)，以及本书第 10 章对贬低的讨论。

〔68〕 请看，例如，Roach v. Harper, 143 W. Va. 869, 105 S. E. 2d 564 (1958); Dietemann v. Time, Inc., 449 F. 2d 245 (9th Cir. 1971).

〔69〕 Galella v. Onassis, 487 F. 2d 986 (2d Cir. 1978).

息”为理由来为之正当化了。[70]

与本章的经济学分析相一致，普通法并不限制用一些不干扰对象行动自由的手段来窥探私隐的权利。因此，在拉尔夫·奈德尔（Ralph Nader）对通用电器公司提出的诉讼中，法院肯定了通用电器公司有权雇人追随奈德尔，追问奈德尔的熟人，以及——简而言之——可以锲而不舍地查找通用电器公司也许会用来决定其公信度
267 的奈德尔的个人信息。[71] 然而，如果有人为了剽窃奈德尔的思想使用这类手法，试图发现奈德尔对某些问题打算说些什么，我预料法院就会禁止任何这样的努力。[72]

---

〔70〕 有人说，要让盖勒拉离远一点，奥奈西斯女士可以用钱来收买；但这也不是一个答案。如果奥奈西斯没有产权，那么她收买盖勒拉不要打搅自己，这就很简单地等于邀请其他人来打搅自己，因为这些其他人也会希望得到类似的付款。

〔71〕 Nader v. General Motors corp., 25 N. Y. 2d 560, 255 N. E. 2d 765, 307 N. Y. S. 2d 647 (1970).

〔72〕 Edward Bloustein, "Privacy Is Dear at Any Price: A Response to Professor Posner's Economic Theory," 12 *Georgia Law Review* 429 (1978)，此文对我有关私隐侵权的分析在几个方面提出了批评。首先，他论辩说，这类判例中，有些保护了一种羞怯（例如，裸体），但这种羞怯并不总是因为希望隐藏自己的不光彩事实而产生的。请看，同上，页 442－447。有些判例保护这种羞怯，这与私隐侵权的经济学理论并不矛盾。从经济学立场上看，正是羞怯本身令人不解。布罗斯坦的更大的观点——这是我接受的——是“私隐”概念包括的不只是隐藏信息；这一概念的其他含义将在下一章讨论。布罗斯坦还批评我对盗用案的讨论。请看，同上，页 447－449。他的批评令人难以理解，因为他提出的观点既是经济学的核心，同时也是我分析的核心。他然后结论说：“一旦某人对某个名字以及其他类似的东西确立了一种人身权……，一个以此和类似东西命名的商业市场就可能生长和繁荣起来。在一个允许个人为了商业目的自我控制条件地使用自己名字和其他类似东西的社会中，一个名字和类似的东西就只能获取一种商业价格。”同上，页 449。布罗斯坦还进一步批评我应当提出经验证据支持下面的命题，在长篇小说中，穷人作为中心人物的人物形象要比富人少。同上，页 451。由于布罗斯坦从没有提出经验证据支持他自己提出的任何命题，他的这种要求在某种程度上不很真诚。但是，不论怎么说，没有哪个阅读长篇小说的人会怀疑小说中表现的富人要多于富人在总人口中的比例。

▼
▼
▼

第十章

对私隐的一种更宽泛考量

本章以一种不可避免的混杂方式，在不同方向上扩展我对私隐的经济学分析。我将考察私隐这个词的词源，特别是注意它的两种 268
含义——隐遁和自主；考察在私隐问题上支持经济学进路的一些经验性证据；考察各种额外相关的法律教义；考察诽谤（defamation）侵权法对名誉的保护；并且考察一些州新近出现的有关私隐的制定法运动。

私隐的词源：隐遁与自主

上一章仅仅考查了私隐的新近含义，即隐藏个人的信息。但在古代“私人的”这个词的原始含义是“非公共的”，意思是不涉及国家的事务。[1] 更重要的是，这个词的词根，同“丧失”（privation）以及“剥夺”（Deprivation）相同。当初，要想不涉及公共事

〔1〕 请看，8 *Oxford English Dictionary* 1388 (1933) (s. v. "Privacy"). 又请看，Edward Shils, "Privacy: Its Constitution and Vicissitudes," 31 *Law & Contemporary Problems* 281 (1966). 还值得注意的是英语中的“idot”（傻瓜）这个词是从希腊词 idios 产生出来的，其含义是私人的。

务，就是被“剥夺”，此外，那时称某人是个“非常私化的人”，也不具有褒义（不像它在今天某些时候那样）。这种语源就是一条线索，可以理解一个重要然而可能是有争议的观点：私隐的概念，在我们今天使用的任何意义上，都是一种西方文化的杜撰。脱离公共舞台是件高兴事，在实际不存在任何身体私隐的社会中，这种观点几乎没有意义，它不仅因为成本高而无法实现，而且还非常危险。在那时，私隐是贱民的命运。[2]

逐渐地，这个词失去了这种不好的意蕴。我猜想，那是因为制
269 度分化日益增长，财富和公共秩序也不断增加。人们由此获得了身体私隐的手段，不仅在经济上变得可行，而且也能保证身体的安全。到了17世纪，我们就发现了这样一个私隐概念，即抽身于公共生活而移居某个与尘世隔离的苑宅或乡间居所。这方面的私隐也许可以称之为隐遁（reclusion），它的突出特点就是减少同社会的交往。一个同样的术语就是复杂的现代意义上的退身（retirement），我们会这样谈论某人退出了（缄默了）以及某人（从其职务上）退休了。

隐遁意义上的私隐在文学作品中一直都非常有影响；上一章讨论的沃伦和布兰代兹在他们关于私隐的论文中使用的就是这种意义。然而，这实际上是一个相当陈旧的概念，属于一个身体私隐非常有限的时代，那时人们的生活条件非常拥挤。[3]要想有些什么私隐，你就必须撤离到乡下的某个离群索居的地方。在现代社会，

---

〔2〕因此从“私人的”这个词的这种原始意义可以进一步看到本书第二编讨论的尚未分化的初民制度。公共部门和私人部门在初民社会和古代社会中并不截然两分。你可以把这些社会视为“尚未出现政治的”（prepolitical）或“尚未出现政府的”（pregovernmental）社会，但是你也可以将之视为没有一个清楚界定“私人部门”的社会。

〔3〕关于在人口密度不大的年代（或区域）里的拥挤悖论，请看本章下一节。

身体私隐的机会要大多了，乃至很少有人再渴望那种瓦登湖畔*的隐居了。当沃伦和布兰代兹写到（刚好在电子窃听时代到来之前）现代人要比前辈人更少私隐时，他们都忽略了身体私隐有了巨大增长。

然而，我们可以赋予“隐遁”一种比沃伦和布兰代兹提出的抽身于世的苛刻含义更宽泛的含义。在表述这种含义时，“退出”这个词仍然很有帮助。一个人可以从公务生活中退休，退到某个牧场隐居地，或者可以退出研究、去撰写一篇文章或是安排一场商品推销战。在第一种含义上，退出隐含的是减少社会交往的次数，因此也就减少了市场和非市场的产出；在第二种意义上则相反，退出是生产的创造阶段或准备阶段的一部分。为例证这一区分，你可能对电话征订感到愤怒，无论是因为你不喜欢与人有任何交往，还是因为你正进行着或准备进行一个比电话征订者提出的交往更有价值的社会交往。

这种“合群的独处”（gregarious seclusion）看来要比孤身一人意义上的隐遁更为重要。孤身一人是是否精神稳定甚或是幸福的前提条件，这很值得怀疑。因为有很多时候，并且在大多数地方，人们都不可能孤身一人。只是到了非常晚近、在经历了人类的整个进化过程之后，人们的短期孤身才是安全的。即使是今天，尽管知识分子幻想自己过着或希望过着隐退的、思考性生活，但大多数普通人都情愿继续在群体中生活、工作、外出、休闲以及娱乐；即使是“孤身一人”时，一般的人通常也是听听广播，或看看电视。大多数孤独（solitude）都是非自愿的，并且精神疾病也更多同孤独相联 270

* 美国马萨诸塞州东北部的一个湖，当年美国著名作家梭罗曾隐居此地两年写作，因此成为隐居一个代名词。——译者

系，而不是相反。[4]

然而，从事脑力劳动而不是体力劳动的人确实要求更安宁的环境，而这常常导致更多的孤身一人的时刻。这就是为什么脑力劳动者通常都有私人办公室，而那些体力劳动者通常没有。这一分析甚至适用于休闲：凡是休闲涉及到智识性（并不必然程度很高）活动的人都需要一个安静的环境。

至于细节，我还注意到，如果有这样一种对纯粹孤独的喜好，即与社会交往无关之隐遁的喜好，这就是一种自私的情感。至于这里的自私含义，由于本书第3章讨论过财富最大化的伦理，应当是很清楚的。孤身一人的活动（或停止活动）只有活动人自己受益。工作，以及像恋爱、看孩子以及偶尔的聚会这样的非市场交往，都
271 会给别人也带来收益。为市场进行的生产活动会产生消费剩余（consumer's surplus），因此可以推定，非市场交往活动也会产生一种非市场的消费盈余。[5]因此，在某种意义上，一个工作的人，无论他的工作动机是否完全出于贪婪，他都是"不自私的"；而一个遗世独立的人，则像一个懒汉（他用市场收入同减少工作的非效用进行交换）一样，减少了他对社会其他人的财富的贡献。

---

〔4〕请看，例如，Gary L. Cooper & Martin G. Green, "Coping with Occupational Stress among Royal Air Force Personnel on Isolated Island Bases," 39 *Psychological Reports* 731 (1976)。又请看后面注〔30〕的引证。

〔5〕例如，可以推定，一场社交性质的网球赛的"产出"要大于这一活动对于球员本人的机会成本（或定价）。每个球员都给他人带来了净收益。请看，George C. Homans, "Social Behavior as Exchange," 63 *American Journal of Sociology* 597 (1958)，从中可以了解对涉及非市场社会行为的"交易"因素的社会学透视。我并非论辩说，那些选择了独处而不是集体活动的人因此就减少了社会的财富；可以推定，他的行为是增加了社会的财富，因为从这种独处中，他一定获得了比同他人交往获得的更大（非货币）收益，或者是只要可能，他就会这样选择。但是，他的这种选择没有给他人带来收益；这种非市场的生产也没有产出消费剩余。在市场经济中，这就类似于把市场中的全部消费剩余都通过完美的价格区分转换成了生产剩余。

由于教育、室内工作、信心以及其他因素的增长（这些因素都增加了工作与休闲中用脑的成分），因此，与这种孤独或隐退的离群索居不同，创造或合群的离群索居是一种日益重要的私隐利益。然而，当今天人们在喊叫缺少私隐时，他们希望得到的——我认为——主要是一些与隐遁不同的东西：他们希望更有力量隐藏有关自身的、可能为他人用来牟利的信息。这就是支撑《联邦私隐法》[6]的那种私隐含义，该法限制保存和散布政府档案中包含的不光彩的个人信息。我强调的是，私隐的这种含义与它先前的含义相距非常遥远，并且也包括了沃伦和布兰代兹强调的那种隐遁的观点。

有些人倡导秘密意义上的广泛的私隐权，他们把隐遁和秘密这两个概念混在一起了。他们挪用了在“非常私化的人”这种表述中 272
私隐具有的那种褒义，用来支持受雇者向雇主隐藏犯罪记录的权利。然而，就像我在下一章显示的，这些倡导者并不反对对宪法第一修正案作扩大解释，限制——比方说——耶和华见证者的喧闹马车队侵犯的真正的隐遁。正如多年前弗罗因德（Freund）教授指出的，“从整体上看，主动改变宗教信仰的利益要比安宁的德性或私隐的权利受到了更大的庇护”[7]

信息掩藏与另一个概念紧密联系，而这种联系也显示了名誉侵权（defamation）与侵犯私隐之间在侵权法上具有连续性。在此，我指的是“名誉”。一个人的名誉是其他人对他作为交易、社交、婚姻或其他类型的伙伴的估价。名誉是一种有巨大潜在价值的资产，可以为虚假的和真实的名誉侵权损害一个人之所以要对不真实的文字诽谤（libel）和口头诽谤（slander）寻求救济，之所以要隐藏有关自身的真实信息，名誉资产受损之可能是基本的激励因素；前者

[6] 5 U. S. C § 552 (a) (1970).

[7] Paul A. Freund, *The Supreme Court of the United States: Its Business, Purposes, and Performance* 40 (1961).

是名誉侵权的领域，而后者是私隐侵权的领域。名誉概念与作为隐遁的私隐概念有交错，但并不相同。事实上，对于一个寻求减少同他人交往的个体来说，其他人怎么看自己的意义也就减少了。

这些讨论可以总结为这样一点，“私隐”这个词看起来至少是包括了两种不同的利益。一种是不受打搅，因此，不希望的电话征订、吵闹的卡车、电梯中的音乐、街头的挤撞甚或是下流的戏剧广告牌或大声嚷嚷的脏话都侵犯了这种利益。即使侵入者并不寻求获得，而且也没有获得任何私人的或其他其平静（即我在此使用隐遁的广义）受侵犯的个人的信息，这种利益也还是受到了侵犯，这个个体也许是个隐士，但肯定不必需是，而且一般说来也不会是。他也许是社会的完全的参与者，甚至很合群，但他也还是渴望有不受干扰的自由，以便他从事或准备社会交往，无论是这种交往是工作性质的，还是休闲性质的。

另一种私隐利益是隐藏信息，只要是违背了与所获信息有关之 273
个人的意愿，那么这种私人信息的获取就侵犯了这种私隐利益。这种侵入是否损害了该个体的安宁则不重要。有时，这种侵入会损害他的安宁，比方说，警察叫住一个人，搜查某犯罪的证据；有时，则不会损害，例如，安装电话录音，尽管没有进入电话用户的住所，或是拆了邮件，尽管没有动里面的东西或没有耽搁收件人收取邮件。应当明确，一个人知道这些私人信息已经或可能泄漏出去，这就可能打搅他的安宁。但是，这只是说人们看重秘密就像他们看重不被打搅一样，而不是说秘密与安宁完全等同。

上面的讨论就是想辨认人们可能认为私隐概念具有的、那种合乎情理地确定的利益。但是这样的讨论不可能公正对待劝说性地或情绪性地使用“私隐”一词。从这个词的原始贬义即脱离公共舞台开始，如今它在现代思想中已蕴含了文明民族珍重的价值。应当肯定，这种现代的转义并不是完全没有受到挑战。集体主义批评家的一种说法就把私隐称为“焦躁的私隐观”，并把它同声称会为更公

社化生活方式促进的开放、坦荡以及利他特点相对照。[8]这种批评有一定的价值，它提醒我们私隐是一种文化的杜撰，而不是一种固有的人类需求。大多数文化或者是没有私隐的概念，或者是没有私隐的实在（无论是隐遁还是秘密意义上的私隐），但它们的运作也还可以；并且，当一个人结论说私隐是人类珍视之品质（例如爱情和友谊）的前提条件、且不说（因为有时有人这么说）是人们神志清醒的前提条件时，他一定要考虑到这一事实。但是这种对私隐的怀疑并不被人们广泛接受，甚至不被广泛理解。露丝·盖文森（Ruth Gavinson）在新近写作一些文章时（我在本章和上一章就依据了她的这些文章），就把我同一些私隐问题的"简约论"作者归为一类，她写道，这些作者"联合起来否认把私隐作为一种法定权利进行思考和讨论的效用"。[9]我则成了这些简约论者中"最极端的分子"，因为我还否认"一切'居间'价值的效用"。[10]这些概括都不确切。我是把私隐权当作一种很有意义的法定权利的；我在上一章中就努力描述了它的轮廓。我认为私隐本身就是一种居间的价值，就像盖文森本人一样；[11]但与她不同的是，我不认为这些居间的或工具性的价值就没有效用了。问题在于这种工具是否灵便。 274

盖文森对我的观点的不确切且带贬义地概括，加上她结论认为

---

〔8〕这就是"人文主义心理学"运动的观点。请看，Mordechai Rotenberg，"'Alienating Individualism' and 'Reciprocal Individualism': A Cross-Cultural Conceptualization," 17 *Journal of Humanistic Psychology* 3 (1977)。又请看，Richard A. Wasserstrom，"Privacy: Some Arguments and Assumptions," in *Philosophical Law: Authority Equality Adjudication Privacy* 148, 162–166 (Richard Broonaugh ed. 1978)；Michael A. Weinstein，"The Uses of Privacy in the Good Life," in *Nomos XIII: Privacy* 88, 89–93 (J. Roland Pmock & John W. Chapman eds. [1971])。参见，Edward A. Shils, *The Torment of Secrecy* 102 (1956)。

〔9〕"Privacy and the Limits of the Law," 89 *Yale Law Journal* 421, 422 (1980)。

〔10〕同上，页422注〔9〕。

〔11〕同上，页423注〔11〕。

"法律应当对私隐作出明确的郑重承诺"。[12] 表明她的基本目的是要大力推动对私隐概念的景仰而不是理解。但是，她至少又不愿利用私隐今天具有的那种褒义，她没有努力扩展这种含义。相比之下，联邦最高法院、[13] 某些宪法学者[14]以及如今一位出色的经济学家[15]都赞同把私隐视为独立或自主的同义词。我们已经有了非常好的词汇——独立、自主和自由来描述这种利益，即允许一个人不受干扰地做他想做的事。我们不应当把私隐界定成只是一个东西，乃至模糊了它的其他含义。

私隐争论具有的这种争议不断的特点还有进一步的例证，这就
275 是专断地压缩这个术语，一直压缩到完全排除了私隐。这个词不仅很少用来提及公司或大学的私有信息，而且，在商业活动的语境中，当隐藏信息时，即使是某个个体掩藏信息时，也很少认为它隐含了私隐的利益。

我想简洁地谈谈物理的私隐概念，这个概念说的是这样一种生活条件，尽管并不完全是建筑的条件，这种条件使人们可能有或多或少的措施来与他人保持距离。门、私人公寓、互不连接的单门独院以及私人汽车，这些都便利了在一种不太有形的、隐遁和秘密意义上的私隐。同样，更广阔的社会条件也会起到这种作用，例如城市化和职业流动，都减少了人们之间的重复接触，因此也就减少了观察、强加和其他侵入他人的机会。在电子监视上的现代进展则从相反方向起了作用。尽管现代群居者可能不使用电子窃听，但他们

---

〔12〕 同上，页 459。

〔13〕 请看本书第 11 章。

〔14〕 请看，例如，Edward J. Bloustein, "Privacy Is Dear at Any Price: A Response to Professor Posner's Economic Theory," 12 *Georgia Law Review* 429, 447 (1978).

〔15〕 请看，Jack Hirshleifer, "Privacy: Its Origin, Function, and Future," 91 *Journal of Legal Studies* (1980).

还是精心清除私隐发生的物理前提条件，有时甚至把门也拆掉了！[16]

这一讨论的寓意是，把物理的私隐概念仅限于私人处所——比方说，住宅或办公室的活动，是不恰当的。当某人走在大街上时，他周围都是“私人空间”，也就是说，尽管街上的其他人都可以看见和听见他，他还是可以和同伴进行不被人打断的谈话，或者说，如果他是独自一人，他可以思考自己的问题，观察周围的情况，或者是集中精力去他打算去的地方。有人跟他搭讪、撞了他或是对他大喊大叫，就打搅了他的私隐。这与大声敲门或卡车隆隆打搅了埋头在家或办公室的某人的私隐是一样的。街头的这种侵入私隐也许不那么重要，并且在一定程度上，由于这是拥挤大街的不可避免的副产品，因此也许是无法拒绝的。但是，没有理由否认这个私隐概念也同样适用于公共场合的活动，只是要在条件允许的隐遁程度以内。

支持经济学私隐理论的证据

本章和上一章提出的私隐理论是演绎的，而这就提出了一个问题：这一理论的经验基础又是什么？上一章已经提出了一些证据，第6章也有一些证据，主要同巴克利修正案以及同初始民族的说法相联系。在这里，我将回顾一下支持包含在比较研究和心理学研究中的支持经济学私隐模型的证据。 276

1．尽管没有按照社会提供的私隐程度来给各个社会排序的便

[16] 有人告诉我，在伊利诺斯州南部森林公园的高沃内州立大学的教授办公室，就既没有门，也没有天花板，因为这种阻挡视线和声音的东西会与这所大学的“开放”信条不一致。

利测度，但还是可以做一些粗略划分，会给人一些启发。就像我已经显示的，初民社会很少有私隐。[17]这就意味着，如果我的经济学分析不错，那么初民和古代社会中的说话一般说来就要比现代社会更为正式和委婉，这就像（这是另一个经济学的模型）听众越多，现代人说话就越正式一样。[18] 荷马史诗就提供了最动人的、但并非惟一的证据，表明初民的言谈更精细，也更多修饰，与初民技术 277
的粗糙形成了反差。[19]在亚里士多德时代，修辞学是一个重要的教育和学习领域（并且实际上还要早得多），而今天几乎完全消失了。因此，看起来有这样一种世俗的趋势，即言谈和书写都趋向非正式化，背离了对精细的语词和语法以及修辞学技巧的要求，这与私隐的增长恰巧相合，并可以说是相互联系的。

私隐的经济学分析还有另一寓意，即说谎在初民社会要比在现代社会更少受到谴责。在初民社会中，由于缺乏私隐，人们相互间非常了解，说谎不大可能像在现代社会那样可以起到操纵他人的作用（而更可能是起到一种戏剧化、外交辞令或隐喻的作用），而在

---

〔17〕 除了第6和第9章外，还请看，John Beard Haviland, *Gossip, Reputation, and Knowledge in Zinacantan* (1977); John M. Roberts & Thomas Gregor, "Privacy: a Cultural View," in *Nomos XIII: Privacy*, 前注〔8〕，页199; E. E. Evans-Pritchard, *The Nuer: A Description of the Modes of Livelihood and Political Institutions of a Nilotic People* 15 (1940).

例如，亚诺玛印地安人就生活在一些很大集体住所里，总共会达到100码那么大的一个场地，每个住房里有多达250人，他们以家族为单位，围绕在自己的火塘边。住所里没有墙壁。亚诺玛村庄周围是上千英里的原始森林，但是，人们都认为离开村庄很危险。请看，Napoleon A. Chagnon, *Yanomamo: The Fierce People* (2d ed. 1977); William J. Smole, *The Yanoama Indians: A Cultural Geography* (1976).

〔18〕 如果允许学生观察员参与，教员会议的讨论也许会更为正式一点。

〔19〕 本书第6和第9章讨论了其他证据。又请看，Clifford Geertz, *Person, Time and Conduct in Bali: An Essay in Cultural Analysis* (1966); Felix M. Keesing & Marie M. Keesing, *Elite Communication in Samoa: A Study in Leadership* (1956); *Language in Culture and Society*, pt. II (Dell Hymes ed. 1964); *Political Language and Oratory in Traditional Society* (M. Bloch ed. 1975).

高度分化的社会中，人们几乎不大了解自己交往的人如何，因此，必须更多依赖信任。在很久以前，有一位杰出的社会学家就用类似上述的语言解说了初民社会和现代社会对谎言的看法上为什么有这种不同。[20]

私隐的经济学分析也许还可以解说从“羞耻文化”向“罪孽文化”的转型。人类学家和古典学者用这些术语来区分这样两种文化，一种是，自尊完全建立在对外在行为规则的服从之上，而另一种是自尊还（或“而是”）建立在具有一种清晰的良知之上的。[21]初民和古代社会更接近于这种羞耻文化的模式，而更为发达的社会（包括我们的社会）更接近罪孽文化的模式。这一格局也许反映的是初民和古代社会缺乏私隐。如果一个人总是被他的邻居和亲戚看着，就没有理由要有一种总有上帝盯着自己的感觉。一旦人们活动私隐化了，因此有了掩藏枉行的机会，就要求有一种不会被私隐击败的监视模式；良知和罪孽的观点，以及鼓励这些观念形成的宗教信仰，就满足了这样一种要求。[22]

第6章还考察了私隐与初民文化的另外两种关系。一是没有公 278
法的执行机制，就会否认私隐，以便增加发现违法行为的概率。其次，初民社会的技术不发达，因为没有很发达的有关思想的产权制度，人们能从自己思想中获得社会收益的一种至关重要的手段就是秘密。在一个为了控制犯罪而否认私隐的社会中，很少有激励因素鼓励人们提出新的观点。

然而，为支持高层面创新活动所必须的私隐数量也许并不像我

---

〔20〕 请看，G. Simmel, “The Sociology of Secrecy and of Secret Societies,” 11 *American Journal of Sociology* 441, 446, 450 (1906).

〔21〕 请看，例如，E. R. Dodds, *The Greeks and the Irrational* 17 – 18, 36 – 37 (1951).

〔22〕 Robert & Gregor，前注〔17〕，页212，就写到：“也许，当人的监视消减时，超自然的监视就增加了。”

们想像的那么多，例如，在古罗马，只有非常富有的人才能享有今天发达社会中大多数人都享有的那种物理的私隐，并且他们的私隐也还是大打折扣，因为他们总是不断在仆人的视线之中，而显然有许多仆人是不忠实的（常常有人给这些仆人钱，让他们打探消息）。在中世纪的庄园，一家人通常都睡在一个大厅里，主人和主妇，有时还有一两个他们喜欢的客人，都睡在一张床上。一直到17世纪，为了防范可能的侵入者，富人们让仆人在自己房间里睡觉，还是很常见的事。一直到18世纪，卧室之间还都相互通着，而不是与共同的门厅相通。[23]

我猜想，在西方社会很久之前就达到了这样一点，在这里，进
279 一步增加个人私隐量对增加创新激励已不再很有意义，而只是继续增加了人们为操纵他人而隐藏自己活动的能力。如何确认这一私隐的社会回报衰减点，这显然是一个有很大困难的研究任务；我在此不打算进行这一研究，而只是提出劳伦斯·斯通（Lawrence Stone）的发现，既作为私隐与创新相互联系的一个进一步的证据，同时也作为发现何时到达了这一点的一个可能的线索；斯通发现现代私隐观念发生在早期资本主义兴起之际，[24] 斯通提出私隐与工商企业家之间有一种意识形态的亲密关系；我在此则提出，两者之间还有一种经济学的关系。

---

〔23〕 我的这一段历史重述的主要资料来源于韦斯汀的一个很有意思的研究，Alan F. Westin, *Privacy in Western Society: From the Age of Pericles to the Roman Republic* (Report to Assn. of Bar of City of N. Y. Spec. Comm. On Sci. And Law, Feb. 15, 1965)。一个出色的简单讨论，请看，Lawrence Stone, *The Family, Sex and Marriage in England* 1500 – 1800, 页253 – 256 (1977)。又请看，Norbert Elias, *The Civilizing Process: The History of Manners* 163 (Edmund Jephcott trans. 1978); Richard A. Goldthwaite, "The Florentine Palace as Domestic Architecture," 77 *American History Review* 977 (1972)。Stone，页254，他强调主人渴望逃避仆人的窥探是要求私隐的一个推动力，仆人在刑事审判中常常是目击主人通奸的证人，这就进一步证明了这里提出的私隐的工具性理论。

〔24〕 请看，Stone，前注〔23〕，页259 – 260。

另一个有趣的对比是现代美国和欧洲的对比。[25]在美国，物理的私隐更多一些。欧洲人的生活环境则更为拥挤；单门独院的宅子更少；“无计划的扩展近郊”在很大程度上仍然是一种美国现象；[26]许多欧洲人如今还是生活在村子里；美国也比欧洲有更大的职业流动和地域流动。这些同物理私隐有关的特点都因为国家在欧洲要比在美国更深入社区而强化了。欧洲有它内部的护照以及其他。从一种经济学的观点看，缺乏私隐就意味着，并且也有人发现，在语言使用上，欧洲人要更为正式和精确，对陌生人更多保留，更为委婉，也就是更为“私人化”。（日本人的行为，按照美国标准来看日本也缺乏私隐，同样支持这一点。）美国人会同陌生人自由地大侃一通废话；而欧洲人和日本人都不这样。美国人的处境非常有利于隐藏有关自己的不光彩信息，乃至向陌生人暴露自己，也不会带来什么成本。陌生人再次同自己相遇，结识了解自己的人，或结识其他未来与自己可能有重要交往的人，这样的机会在美国人当中要比在欧洲人或日本人当中要少。

这一分析隐含了，在美国，在我们遇到的人当中，生活在拥挤 280
环境中的人——比方说生活贫民区的黑人——言词技巧会更高。考虑到这些人在教育上的不足，你会感他们太有表达技巧了。而且，社会语言学家已经发现“非标准的黑人英语”，或“黑人英语俗话”，尽管它们与标准英语在语法和语汇上都有重要差别，却是相

---

〔25〕 请看，Herbert J. Spiro, “Privacy In Comparative Perspective,” in *Nomos XIII: Privacy*, 前注〔8〕，页 121；至于这一段文字的事实基础，请看，Edward T. Hall, *The Hidden Dimension* 123－153 (1966)。继续霍尔（Hall）主题的研究有一个回顾，请看，Irwin Altman, *The Environment and Social Behavior: Privacy, Personal Space, Territory, Crowding* 63－64 (1975)。

〔26〕 生活在这个社区，工作在另一社区，驾驶着私有的汽车在其间穿梭，这样的一个人就要比一个生活工作在小社区、步行或乘公车从家到办公室的人有更多的私隐；后者的邻居和同事会有更多机会监视后者。

当微妙和相当有力的表达工具。[27]缺乏私隐也许可以解说在这些在其他方面被剥夺的文化中，为什么强调言词的技巧。

2. 就像一些比较研究那样，一些心理学研究也显示了，当坦率的成本更高时，说话就会格外委婉。他们显示了，比方说，同样是同陌生人接近，男子一般不如女性说话那么自在。[28]我们无须把这一差别归结为性别之间的生理差别，而可以提出一个经济学的
281 解说。男子在传统上要比女子更多涉及市场活动，他们要比女性更有可能通过隐藏可能很不光彩的信息获取更多的价值。这也许可以解说传统上男子和不工作女子之间的一个差别，即前者说话更少。同一个研究还显示了，男子对一个陌生女子要比对一个陌生男子更能坦白地谈论自己。这种行为与下面的事实也一致，即除了偶尔的唐璜外，男子更有可能在未来同另一个男子（他有可能是一个征税人，侦探或竞争者的雇员）而不是另一个女子进行交易。

这一研究中的另一发现是，当有陌生人接近时，在波士顿机场，外地人要比本市人更容易向陌生人说出自己的个人信息。这些实验者提出了一种解说，与经济学进路是一致的："波士顿居民也许可以想像地预期自己某一天会在比肯山或在科坡利广场同这位实验者不期而遇，而外地人几乎可以肯定自己永远不会同这个人再次

---

〔27〕 请看，例如，William Labov, *Language in the Inner City: Studies in the Black English Vernacular* (1972); Edith Folb, *Runnin' Down Some Lines* (1980)。简单的讨论，请看，Susan M. Ervin-Tripp, *Language Acquisition and Communicative Choice* 351 (1973)，以及 Peter Trudgill, *Sociolinguistics: An Introduction* 65-83 (1974)。莱波夫（Labov）在其他地方还说："我们在西班牙语社区的工作使得有一点很明显，即在许多方面，这些工人阶级说话者是更有效的叙述者、推理者和论辩者，要比许多中产阶级的说话者更有效，后一类人在大量无关的细节上见风使舵、限定并失落了他们的论点"。"A Linguistic Viewpoint toward Black English," in *Language, Society, and Education: A Profile of Black English* 10, 21 (Johanna S. DeStefano ed. 1973)。

〔28〕 请看，Zick Rubin, "Disclosing Oneself to a Stranger: Reciprocity and Its Limits," 11 *Journal of Experimental Social Psychology* 233 (1955)，以及在那里引证的研究。

交错。"[29]

与私隐相关的这些心理学研究一般也还拒绝了这样一种观点，即私隐是一种心理要求的观点。对拥挤的研究——可以以此作为缺乏私隐的代表——显示，拥挤对各种精神健康和稳定测度的纯影响无关紧要，[30] 私隐并不是什么我们"需要"的东西，不像我们对食物或空气的那种需要；私隐是一种为了推进我们的计划才需要的东西，远不是什么生理的规定。在有关私隐的问题上，人们行为很理性，这方面还有其他的证据，即当物理私隐供给不足时，人们就会用缄默作为替代，[31] 这种替代是同听众更多（也就是更少私隐）就用更正式的表述方式作替代相联系的。[32]

普通法以及私隐的经济学理论

上一章讨论了私隐侵权，并且非常简洁地谈及了商业秘密和普 282
通法的版权法。在这里，我将简洁地考查一下私隐经济学分析说明

〔29〕同上，页 255－256。斯蒂格勒（Stigler）也曾以同样的路子猜想，19 世纪英国小说中的人物之所以坦白地暴露他们各自的收入下——这会令一个现代人感到震惊是由于当时没有所得税。

〔30〕请看，例如，Jonathan L. Freedman, Stanley Heshka, & Aan Levy, "Population Density and Pathology: Is There a Relationship?" *Journal of Experimental Social Psychology* 539 (1975); Robert Edward Mitchell, "Some Social Implications of High－Density Housing," 36 *American Sociology Review* 18 (1971); Altman, 前注〔25〕，页 193。

〔31〕请看，例如，Carl I. Greenberg & Ira J. Firestone, "Compensatory Responses to Crowding: Effects of Personal Space Intrusion and Privacy Reduction," 35 *Journal of Personality & Social Psychology* 637 (1977); Altman, 前注〔25〕，页 41－42；以及有关阿拉伯人行为的讨论，见，Hall, 前注〔25〕，页 148。

〔32〕支持这一经济学进路的额外证据，请看本书第 9 章讨论的巴克利修正案、高夫曼（Goffman）关于日常生活中的懵人（misrepresentation）的著作，以及有关单人家庭增多的研究。

的普通法的其他三个教义，分别是特权交流、诽谤以及殴打（assault）和人身侵犯（battery）。

特权交流

假定 A 在同 B 的交流中口头诽谤了 C，B 又向 C 重复了这一诽谤，然后 C 起诉 A 名誉侵权。A 有无权利以违反信任（confidence）为由起诉 B，要求 B 补偿任何 A 付给 C 的损害赔偿呢？一般的回答是不能，除非是 A 和 B 之间有合同，要求 B 尊重 A 的信任。可以推定，这样的合同会很少，因为违背信任的成本，相对于协商和执行一个合同的成本而言，通常很低。此外，对朋友或家人违反允诺，有效的非法律制裁是由这种关系的持续性创造的。偶尔的一个例外是在商业交易进程中给予了这种信任，特别是如果这是一个有价值的商业秘密；在此，人们经常会找出隐含合同来，禁止违反信任。

但是，如果 A 向 B 忏悔自己的一个犯罪，并获得了 B 的允诺，说不向任何人泄漏这一忏悔，无论使用了什么样的合同责任形式，都不能强制执行这一允诺。然而，这个原则也有一些例外：在普通
283 法上，对夫妇之间、客户与律师之间以及特定的政府官员之间（行政特权）交谈中秘密传达的信息，就给予了非同寻常的保护。[33] 例如，丈夫对妻子忏悔犯了罪，丈夫就可以不让妻子在刑事诉讼中就这一忏悔作证。从经济学的立场上看，这个结果令人费解。确实，如果配偶以及客户在交流中都不得不说话极其委婉，那么婚姻关系以及律师客户关系就会受到损害，因为这些关系的性质使配偶或律师很容易根据一段没有防备的评论察觉对方是否有罪。但是，

---

〔33〕 请看，Charles T. McCormick, *McCormick's Handbook of the Law of Evidence*, chs. 9, 10, 12 (2d ed. Edward W. Cleary ed. 1972)。医生与患者之间的特权是制定法规定的。

社会为什么希望强化婚姻关系，强化为罪犯法律代表的关系呢？[34]

在夫妻豁免作证的问题上，一个可能的回答是，如果促进婚姻关系有足够强烈的社会利益，那么这种豁免，尽管提高了犯罪的代价（原文如此。——译者），也许是正当的，因为这会鼓励夫妻交流，而他们不必担心哪一天这些信息可能被用作对自己不利的证据。因此，并不奇怪，在一个稳定婚姻的意义已经衰微的年代，人们看到有一个强大的运动正在反对这种夫妻间的举证豁免。[35]

讹　诈

讹诈是这样一种做法，如果你不向讹诈者支付，他就威胁要泄漏有关你的不光彩信息。如果我的理解不错，这些有关你的事实（与你的交流不一样）都应当属于公共领域，乃至，那些必须决定是否启动或继续同你的社会或商业关系的人们会拥有你的全部信息，难道不能由此得出结论说，应允许爱打听消息的人把自己获得的信息卖给你吗？如果有人的业务就是调查他人以往的经历，他把调查结果出售给报纸，不会受任何制裁；那么为什么如果他想把自己调查的结果出售给调查对象时，就是犯了讹诈罪了呢？

如果某个顾客起诉某商家作了虚假广告，顾客的目的可能是获 284
得某种货币的支付，而不是公开这种虚假。然而，人们并不认为这种支付目标不恰当，因此自由地许可这种支付。讹诈看起来起到的作用与这种虚假广告之诉的作用很相似，都镇慑了一个人染上或隐藏某些特点——想同他进行社会或商业交往的人们不喜欢的特点。

---

〔34〕 对律师与客户的特权问题，一个传统的回答是，如果律师有责任作为此案证人出庭，那么律师代表客户的能力就会受到损害。这个回答在配偶作证豁免问题上则不存在。

〔35〕 请看，McCormick，前注〔33〕，页 30（2d ed. Supp. 1978）。

而另一方面（这与讹诈的类比更接近）却不允许一个既非顾客也非竞争者，而只是专门提出执法之诉的人就虚假广告获得损害赔偿。拒绝这类诉讼的政策理由看起来是以私人执法经济学为基础的一些考虑因素，与虚假广告在个人领域不如在商业领域严重这样的判断无关。[36] 当最佳惩罚要求的是低惩罚概率同高罚金之结合时，[37] 这种罚金就会吸引私人执法者（如果允许）进入执法"市场"，带来的结果是惩罚的概率会上升，挫败惩罚概率与严厉性的最佳结合。解决的办法就是限制私人执法（讹诈就是一种私人执法），或者换一种说法，就是用公共执法来替换私人执法。

如果这一分析不错，我们就会预期在公共执法与反对讹诈之间发现一种正相关，并且我们也确实发现了这种关系。在19世纪之前，禁止讹诈仅限于我们今天所说的敲诈勒索（如果你不支付"保
285 护费"，就威胁烧毁你的住宅）；不包括威胁曝光某人的犯罪或不道德行为。[38] 在这一时期，大多数执法，包括刑法，都由私人执行。[39] 禁止现代意义上的讹诈，就像人们预期的那样，出现在19世纪公共执法兴起之际。

殴打和人身侵犯

要把殴打和人身侵犯同私隐联系起来，看上去不仅吊诡，而且牵强。这些行为被定为侵权，其保护的利益确实要比私隐保护的利

---

〔36〕 请看，William M. Landes & Richard A. Posner, "The Private Enforcement of Law," 4 *Journal of Legal Studies* 1, 42–43 (1975)。这里的分析就从此文中来的。

〔37〕 请看，本书第7章对这一最佳惩罚模型的讨论。

〔38〕 请看，Douglas H. Ginsburg, "Blackmail: An Economic Analysis of the Law" (Harvard Law School, mimeo., Nov. 4, 1979)。

〔39〕 请看，Landes & Posner，前注〔36〕，页1–1；以及本书第8章注〔45〕的参考文献。

益更可见，即身体的完整。然而，严格的侵权法意义上的殴打以及不涉及身体伤害的人身侵权（诸如向某人脸上吐痰）为什么在普通法上都是侵权，我认为，作为隐遁的私隐观念也许是理解这一问题的关键。

在侵权法上，殴打是一种姿态，比方说，举臂、用枪瞄准或拔剑相对，这种姿态造成一种预期（法律意义而不是日常意义上的"担心"）：马上就会有人身侵权。这种威胁的姿态也许还没有实际触及人就被打断了或停止了，或是殴打者本人也许就没想实际侵犯人身（比方说，用一枝空枪对准某人，后者认为枪上了膛）。如果用这种威胁姿态从受害者那里获取某种殴打者无权拥有的东西，这就是某种形式的偷盗。但是，如果这种姿态只是未遂的人身侵犯，无论这里的未遂是因为殴打者自己改变了主意，还是因为被打断了，那么，可以对之起诉的理由又是什么呢？

也许惩罚这种未遂是为了防止人身侵犯，也就是说，尽管意图中的受害人并未受伤，还是要受到惩罚，理论根据同惩罚谋杀未遂的理论是一样的。[40]但这显然不是殴打侵权的理论。只有当受害人担心人身侵权即刻发生时，侵权才存在，[41]即使是从惩罚犯罪未遂的立场上看有没有这种担心无关紧要。假定 A 悄悄跟在 B 身后，打算打破 B 的头，这时，有什么事打断了他，B 到后来才知道 A 的图谋。尽管 A 也许会被定罪，但是他没有侵权。 286

这个案子与担心人身侵权即刻发生的案子之间的差别，在我看来，在于后者涉及到对隐遁利益之侵犯，而前者没有。无论这种担心造成了恐惧或是——很罕见——造成了事实上的情感伤害，它都

〔40〕 关于惩罚犯罪未遂的经济学，请看，Steven Shavell, "Harms as a Prerequisite for Liability" (Harv. L. Sch., unpublished Aug. 1979); Donald Wittman, "Prior Regulation versus Post Liability: The Choice between Input and Output Monitoring," 6 *Journal of Legal Studies* 193 (1977).

〔41〕 请看，William L. Prosser, *Handbook of the Law of Torts* 38 – 40 (4th ed. 1971).

是一种打搅或分心，是对安宁的一种侵入。[42]

私隐是一种隐遁的观念也许还可以解说，为什么普通法对未受伤的人身侵犯受害人——比方有人向他脸上吐了痰，或者是有人愤怒打了他一下，但不重，他没有受伤——还是提供了救济。[43] 这些行为都侵入了周绕某人的、使他能关注自己思想的“私人空间”（即使是在公共场合）。这里侵犯的不是实质意义上的身体完整，而是一个人私隐的隐遁因素。

最后，还有些殴打侵权带来的担心仅仅是无受伤的人身侵犯，比方说，A 戴着手套作出一种要打 B 开光的进攻姿态，但不会有身体的伤害；在这种殴打中，我们就可以看到一个最清楚的例子，法律是在保护纯粹的隐遁利益，与身体伤害无关。

名誉侵权和贬低

287 人们长期以来一直承认，名誉侵权（文字诽谤和口头诽谤）提出的问题与私隐侵权提出的问题很类似，也承认经济学对澄清这两种侵权之间的精细关系很有用。经济学还提供了一种视角，可以评价一种经常出现的指责，即所谓名誉侵权在侵权法学理上是最不令人满意的一个分支，因为它有一些神秘难解和非理性的区分，诸如

〔42〕 然而，这一分析并未解说，为什么普通法直到最近才对那些感到即刻会发生因过失（而不是有意的枉行）造成的伤害的人提供一种救济，比方说，为了避免被一辆超速汽车撞倒而跃开的人。

〔43〕 请看，Prosser，前注〔41〕，页 36。

法定诽谤（libel *per se*）和推定诽谤（libel *per quod*）的区分。[44]我们会看到，经济学理论使名誉侵权法的一般框架，尽管不是它的全部细节，都变得可以理解了。

名誉是他人对作为商业或社会交易候选人的某人所持的看法，这种看法在一个市场体系中具有重要的经济功能，事实上在任何自愿交往起重要作用的体系中都有重要的经济功能。它减少了买卖各方的搜寻成本，使质量较高的产品生产者相对于那些质量较低的产品生产者而言更容易增加自己的销售。就通过这些方式，名誉有助于把资源引入资源的最有价值使用者那里，这是市场体制的中心过程。这一作用并不仅限于明确的市场。对于"婚姻市场"、[45]朋友市场、政治市场乃至其他市场的运作，这一作用也同样至关重要。

因此，名誉做假就是一个合法的社会关注。这种作假可以有两种形式。一种是，一个厂商或一个个体——是谁无关紧要——也许会努力创造一种名不副实的好名声，采取的手段或者是主动地瞒人，或者是隐藏不光彩的事实。后一种就是会引发上一章讨论的虚假隐私主张的过程。或者，名誉做假的形式可以是糟蹋他人或其他厂商的名副其实的好名声，而在这里就有了名誉侵权的问题。

你可以以宽泛的方式辨识一些因素，这些因素使名誉侵权[46]多少更为可能。首先，如果对某个人的一切都了解，因此他的名誉 288

〔44〕普罗瑟（Prosser）说："从一开始就一定要承认，有很多名誉侵权的法律都说不出道理来。它当中有一些不正常的东西，一些荒谬的东西，对这些，从来就没有哪个法律作者有过好话。它是一种奇怪的严格责任复合物，强加在无辜的被告身上，就像法律中的其他东西一样刻板和极端。它盲目地并且几乎是令人极端反感地拒绝对受到真实且非常严重伤害的原告予以补偿。" Prosser，前注〔41〕，页 737（省略了脚注）。普罗瑟著作的第 19 章对名誉侵权法律规则有一个明晰的概括，我下面的讨论从中汲取了很多东西。

〔45〕请看，Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior* 206 (1976).

〔46〕我用这一术语一般是指一种错误的诋毁，尽管法定进路是把诋毁视为名誉侵权，并且把真实作为辩解。

就不是从有限了解中推论出来的，而是有关他的所有事实的总和，名誉侵权就不会有什么用，因为不会有人相信的。（换一种方式说就是，如果信息成本非常低，诋毁某人或某种产品中的虚假就会被人发现。）这里的寓意是，名誉侵权主要是一个比较现代的问题，而不是部落社会或乡村社会的问题。在谈及初民社会时，相对说来，不大可能提到名誉侵权，这就提供了支持这一观察的某些证据。[47]然而，一个额外的因素是，作为交易因素之一的名誉的重要性与存在相当发达的违约救济之间的反比关系。在没有这些救济时，保护自己信守合同之名誉，这种利益就是双方在合同上都不搞机会主义的惟一坚实保证。合同的社会制度越不发达，损害某人名誉可能造成的损失就越大。

一个相关但更为复杂的考虑因素是，在一个联系紧密的部落社会或村落社会中，人们很难"逐渐遗忘"一个人的坏名声。在一个流动的城市社会中，比方说我们的社会，对名声的损害经常还可以得到救治，比方说，改变一下工作或住所。然而，由于这样的一次转移可能会带来相当大量的专门人力资产的流失，因此，这种救治方法也许成本很高。还必须考虑的一个因素是现代技术已经使名誉侵权传播的范围更大了，电视可以在全世界诋毁某人的名声。

289 在掂量了上述因素之后，你也许会结论说，在一个刚从部落/村落状态中（在那里无法让人信服制作出来的虚假名誉）浮现出来、但可减少名誉在人们交易决定中的意义的有效合同制度还没有发展起来的社会中，名誉侵权问题注定会更为严重。与这一结论一致，我们发现名誉侵权在古罗马共和国后期——而不是前期——就

〔47〕在苏丹的努尔人当中，也承认败坏名誉是一种枉行，但重要的是，据说，败坏名誉"通常是同错误指控巫术相联系的"（P. P. Howell, *A Manual of Nuer Law: Being an Account of Customary Law, Its Evolution and development in the Courts Established by the Sudan Government* 70〔1950〕），这种指控之虚假在那些相信巫术的人当中很难发现，即使他们缺乏私隐。类似的情况，请看，Walter R. Goldschmidt, *Sebei Law* 131－133（1967）。

界定得很宽。[48]在古罗马共和国早期，可以推定，那时的条件与部落社会的条件很接近，而在共和国后期，也许可以说它刚从部落国家中浮现出来。与此相类似，在中世纪英格兰，那也是一个刚从部落国家浮现出来的社会，名誉侵权之诉就明显泛滥起来了，特别是在教会法庭上。后来，尽管侵权在某些方面界定更宽泛了，但是，侵权的实际效用却由于建立了各种辩解机制，特别是对有损名誉之言词作不利于受害人的严格解释的规则而减少了。[49]

由于侵犯一个人的名誉和贬低一个竞争生产者或其产品都是欺诈行为，因此就会出现这样一个问题，为什么名誉侵权要比商业贬低（disparagement）更早出现并发展深远。[50]经济学关于欺诈的文献提出了一个答案。[51]这些文献对诸多商品进行了区分，一为“搜寻”或“检验”型商品，其品质如何以及是否合用在出售之前通过检验就可以确定；另一是“经验”型商品，其品质只有在使用中才能显现出来（诸如照相机的耐用性）；此外还有一种“信赖”型商品，其品质如何很难发现，因此买家非常依赖卖家的诚信。当我们从搜寻型逐步移向信赖型商品时，卖家对法律保护之需求就出现了。在有关贬低之普通法形成的年代（可以说，直到1914年颁布 290

〔48〕 请看，H. F. Jolowicz & B. Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law* 191, 273 (3d ed. 1972)

〔49〕 关于英国的名誉侵权史，请看，C. H. S. Fifoot, *History and Sources of Common Law: Tort and Contract* 126 – 153 (1949); Van Vechten Veeder, "The History and Theory of the Law of Defamation I," 3 *Columbia Law Review* 546 – 547 (1903); R. H. Helmholz, "Canonical Defamation in Medieval England," 15 *American Journal of Legal History* 255 (1971); R. C. Donnelly, "History of Defamation," 1949 *Wisconsin Law Review* 99, 100 – 101.

〔50〕 普通法对诋毁采取了一种非常限制的进路，例证是 American Washboard Co. v. Saginaw Mfg. Co., 103 F. 281 (6th Cir. 1900).

〔51〕 请看，例如，Michael R. Darby & Edi Karni, "Free Competition and the Optimal Amount of Fraud," 16 *Journal of Law & Economics* 67 (1973); Phillip Nelson, "Information and Consumer Behavior," 78 *Journal of Political Economy* 311 (1970).

联邦贸易委员会法），大多数商品还都是搜寻型商品，因此竞争者为反对贬低而对法律保护的需求就很小。但是在此前很久，一个人就成了一种信赖型商品，是根据信赖而不是通过检验获取的，他对法律保护名誉的需求就要大于某种被贬商品的生产者。如果 A 称 B 是一个做假者，B 在社会上和商业上的熟人可能不会如此深入了解 B，确信 A 的声称是不实之词。[52]

把名誉侵权同商业贬低等同，看起来也许给名誉侵权染上了太多的商业气味，而忽略了侵权法保护“尊严”这种利益。然而，侵权法事实上并不是用来保护心灵平和、自我尊严或其他“私人”利益或敏感的。这一点表现在必须有“公布”（publication）这一要求上。要能对中伤提起诉讼，这种中伤必须是交流给了受害人以外的其他什么人。这也就是说，这种中伤必须降低了其他人对受害人性格的看法，并因此伤害了他进行有利的社会或商业交易的机遇。[53] 一个伤人的谎言如果没有损害这种机遇，就不能起诉。这个结果与下面的事实是一致的，即某个个体因他人泄漏了有关自己的、同时对其他人决定是否同他进行交易很重要的真实情况而感到受了伤害，私隐侵权对他并不提供救济。

291 名誉侵权和私隐侵权会以另外两种显著的方式相互作用。首先，如果 A 在同 B 的私人交谈中口头诽谤了 C，并且有某个窃听者听到了这一谈话，这种口头诽谤无法起诉。[54] 这是与我曾论证过

〔52〕 一个类似的论证，请看，Ellen R. Jordan & Paul H. Rubin, “An Economic Analysis of the Law of False Advertising,” 8 *Journal of Legal Studies* 527 (1979).

与这一分析相一致，公司可以像个人一样，在同样程度上指控侵犯名誉权（经必要的修改），因为公司本身也是一种信赖型商品，即使其产品是搜索型商品。如果某个竞争者说某个公司不付帐，该公司的预期债权人没有便利的根据来验证这一断言。

〔53〕 “如果一种交流趋向于伤害另一人的名誉，以至于降低他在社区受到的尊重，或者是使他人不同他联系和交往，这种交流就是侵犯名誉权的交流。” American Law Institute, *Restatement (Second) of Torts* § 559 (Tent. Draft no. 20, 1974).

〔54〕 请看，Prosser，前注〔41〕，页 774。

的、具有经济学基础的一个社会判断相一致的逻辑上的必然结果，这个社会判断就是应保护谈话的私隐，以便促进有效的交流。第二，私隐侵权和名誉侵权在私人信息之透露上也不同，如果可以作为侵犯私隐提起诉讼，这些私人信息必须“公开出来了”[55]——散布的很广，而名誉侵权只要是有某人阅读了或听到了，就可以起诉。一旦抓住了这两种侵权之间的经济学关系，这种区分就可以理解了。通常，引发私隐侵权主张所泄漏的信息都是真的（如果是假的，就可以提出名誉侵权之诉）。当信息向一个小圈子泄漏，通常是向了解私隐受侵犯者本人的人们泄漏，这就有一种社会收益：此人被揭露了，他的熟人们可以根据对他人格的更完全了解来重新评价自己同他的关系。[56]然而，如果信息泄漏得很广泛，就有可能超出这个熟人圈子，就可能让那些他目前与之并无交往而且未来也不可能有任何实质性交往的人也了解。这样的信息泄漏就不大可能起到揭露的功能，它会比选择性曝光更有可能侵犯隐遁（而不是操纵）的利益。因此，“公开出来”这样一个要件起到的作用是区分出那种最可能侵犯合法利益的一类信息泄漏。名誉侵权案的情况则一般是相反的。名誉侵权可能造成最糟的社会伤害，恰巧是在这个个人的朋友和熟人圈内。谎言最有可能影响同这些人的社会交易，给这些人以及给名誉受侵害的个人造成伤害，因为他所交往的正是这些人。

让我们考虑一下有关名誉侵权的其他一些突出特点中的经济理 292
性。首先，尽管名誉侵权通常被分类为一种故意侵权，它却具有很强的严格责任意味，因为“被告可以运用合乎情理的关注来避免侵

〔55〕 请看，同上，页810。

〔56〕 因此，一个债权人给债务人的雇主写信通知他的雇员没有按时还债，这就不是一种可以提起诉讼的侵犯私隐。请看，例如，Cullum v. Government Employees Fin. Corp., 517 S. W. 2d 317 (Tex. Ct. Civ. App. 1976).

犯原告的名誉”这种说法不能作为名誉侵权之诉的辩解。在一个著名的案件中，一位报载小说作者纯出于偶然给小说中的一个人物起了一个同真人相同的名字，阿提姆斯·琼斯（Artemus Jones）。琼斯诉作者文字诽谤，并由于琼斯展示了自己的邻居都认为这个故事说的就是他，因此获得胜诉。[57] 就像我们在本书第7章中看到的，选择严格责任，还是选择替代规则（比方说，无责任或过失责任），选择的基础之一就是伤害者与受害人之间相对说来谁更有避免伤害的能力。琼斯不论做什么事都不可能避免名誉受侵犯，而这位作者或出版商也许可以检查一下，看看这里虚构的恶棍是否有什么真实的对应者，或至少也许可以包括如今已标准化的一个宣告，大致是如与任何活人或死者类似，都纯属巧合。[58] 大多数名誉侵权的受害人都不可能避免因错误而名誉受到侵犯，因此把责任都归在他们身上，实际上不会有什么有收益的配置后果；相反，大多数因错误造成的名誉侵权又都可以由侵权者一方合乎情理的探查而避免。在这种情况下，从经济学的立场上看，严格责任的规则就很吸引人了。

293 与这一区分相一致，口头诽谤或文字诽谤的传播者，比方说，例如报纸发行商，就只有在他有过失，没有认出在言辞或文字中受诽谤的或失真的（untruthful）人物时，才承担名誉侵权的责任。由于对仅仅是传播者来说，要他来防止侵犯名誉，成本常常会高得无法承担，因此采取严格责任规则在经济上就没有道理，因为这会把

---

〔57〕 Jones v. E. Hutton & Co., [1909] 2 K. B. 444, affd. [1910] A. C. 20. 尽管法院把名字的选择当作一个纯粹偶然的事件来处理，事实上，琼斯曾受雇于损害其名誉的被告的报社。

〔58〕 在华盛顿邮报公司诉肯尼迪案中（Washington Post Co. v. Kennedy, 3 F. 2d 207 [D. C. Cir. 1925]），犯罪报道中把指控的某人当成是另外一个人，两人同名同姓，法院指出，报纸本来可以很容易地（更便宜地）避免这种混淆，只要加上其报道的人的中名的头一个字母就可以了。

损失从名誉侵权者身上转移到没有能力防范侵权发生的人身上。

严格责任还有另一值得注意的例外，这就是对群体名誉侵权适用无责任规则，“所有的律师都是讼棍”，就是一个例子。有几个因素支持这一规则。首先，这种名誉侵权对该群体的单个成员的伤害一般都微不足道。在这方面，群体和个人在名誉侵权上的差别就是某一家厂商面对的需求与它作为成员之一的这个行业所面对的需求之间的差别。在一个行业内，其他厂商的产品有可能有非常大的可替代性，乃至对单个公司产出的需求几乎完全是弹性的。但是对这个行业的需求也许非常不具弹性，因为其他行业的产品不是接近的替代品。如果人们相信了文字诽谤“X是一个讼棍”，他们可以用而且也会以其他律师作替代，X的业务就会大大下降。但是，如果人们相信所有的律师都是讼棍，他们就几乎不可能有什么作为，因为没有什么相近的替代。这个行当失去的业务，并因此——假定他们在这个行当中会按比例分享由于侵犯名誉造成的业务损失的话——这位律师本人失去的业务就会很小。

与此相关的一点是，群体文字诽谤，如果归咎于该群体的所有成员，大多必然是不可信的，因此伤害会很小，而如果只归咎于其中的某些成员甚或是大多数成员，那么对其中的任何个体的伤害都会很小。几乎没有什么人会相信所有的律师都是讼棍。但是，如果就可信性而言，这种文字诽谤就是说“大多数律师都是讼棍”，那么，对这位律师本人的伤害就一定要按一位客户或一位潜在的预期客户会有多大概率把他归在大多数讼棍中（而不是那些非讼棍的少数）来折算。最后，当争议点是群体的特征或趋向时，决定这种说法是真是假的费用也比对某个人的特点有争议时更大。

名誉侵权还有一个特点，这就是对死者不存在可提出诉讼的名誉侵权。看起来，这也许还是因为确定这种诽谤究竟是真是假的费用太高。然而，对这一规则还有另一种可能的解说。名誉的经济功能是促进交易，而一旦交易者死了，随后对其名誉的任何实质性伤 294

害都不可能对市场产生任何影响。换一种说法则是，人身名誉是一种无法转移的人力资本，并因此随着人的死亡而消灭了。但这一点有点过分：如果有人说你的父亲是个窃贼或是个破产者，如果我相信犯罪倾向会遗传，就可能会影响我同你进行交易的意愿。法律对这些最严重的情况都规定了一种救济，这就是，当声称已故的前人有某些明显会遗传的缺陷或失调时，允许其后人提出名誉侵权之诉。[59]

在名誉侵权法上最知名并受到很多批评的一种区分就是证明口头诽谤的证据标准与证明书面诽谤的证据标准不同。只有当口头诽谤者声称的行为属于四个法定（*per se*）范畴（有犯罪行为、有恶疾、女性不贞以及不适合其现有职业或职位）时，才无须证明有什么特别的损失就可以提出口头诽谤的诉讼（这就是，不用证明实际损失了多少金钱）。在这些范畴之外，可提出诉讼的口头诽谤一定要显示这种言词已经给受害人造成了实在的货币损失。书面诽谤则不受这种限制。只有从这一文字诽谤中不能一目了然地看出受害人身份时，受害人才需要证明有特别的损失；如果为了确认这一身份必须有一些外在的证据，那么，只要这一书面诽谤指控的行为不属于界定法定口头诽谤的四个范畴之一，就一定要证明有特别的损失。

这种法定范畴的观点本身并不应受到批评。它是一种熟知的法律技巧（得到了广泛使用，例如在反托拉斯法中），这种技巧在许多领域都可以——以犯错误之代价与更细致检查具体案件事实来减少错误之概率的代价交换为基础——正当化。对于这种法定口头诽谤范畴的主要批评是，这些范畴没有跟上时代的发展。当初确立这

[59] 请看，"Developments in the Law of Defamation," 69 *Harvard Law Review* 875, 893–894 (1956).

些范畴的时候，都是挺有道理的。[60] 因为在传统社会中，如果认为一个妇女不贞，就会大大降低她结婚的机遇，而结婚对当时社会的妇女来说是极其重要的一种交易。要是被人们认为患有麻风、梅毒或瘟疫（这些都是侵权上的恶疾分类），就会大大减少这个人的 295
各种交易机会，就像被人们认为是罪犯一样。最后，要是被认为不称职，这就会直接影响一个人参与有利于自己的市场活动的能力。

法定诽谤与推定诽谤的区别是，前者一看就可以辨识谁是受害人，而辨识推定诽谤的受害人则需要有外在的事实。从经济学上看，这种区分的道理很肤浅。由于要把诽谤同意图诽谤的受害人联系起来就一定要知道一些额外的事实，这就缩减了潜在的听信这一诽谤并据此行为而对受害人（以及对听信者本人）不利的人员范围。但是，了解这些相关的外在事实的又恰恰是那些最有可能熟知受害人的人，不了解这些事实的有可能是那些不熟悉或没有机会熟悉受害人的人，因此也就是不大可能听信这一诽谤并据此行动的人。因此，这个外在事实规则实际上把曝光这个要件又偷偷从后门转运到名誉侵权中来了，而我已经解说过了，名誉侵权并不要求一定有曝光。

把这些细节都放在一边，对书面侵犯名誉权要比口头侵权的处理更为严格，是有经济学道理的，理由如下：

1. 今天也许最没有说服力的理由是那种传统的说法，即书面名誉侵权一般说来要比口头侵权波及的受众更多。[61] 世界上从来都有不合常规的情况（把私人信函同向广大听众的公开讲演对比一下），但是，正是随着广播电台和电视的增加，这种传统的理由才

---

〔60〕 关于这些范畴的历史起源，请看，Veeder，前注〔49〕，页560注〔1〕。

〔61〕 应当明确，更广泛的听众中也许有许多陌生人，因此，增加的伤害也许很小。但是，从同样的道理来说，陌生人一般说来也比熟人更不可能发现名誉侵权中的虚假，因此，说到底，总的伤害也许并不小。

失去了它的大部分力量。

2. 书面名誉侵权要比口头侵权更为持久。即使书面文字起初传播并不很广，但它会保持下来，以后阅读，因此，其读者总数有
296 可能更多。

3. 就像在上一章提到的，要想避免偶尔发生的不经意的口头名誉侵权费用太高。人们选择语词一定要非常精心，一定要仔细考虑有人可能误解你说的有关他人的话，这就会减少口头交流的有效性。要求口头交流审慎，增加的费用不会太多，因为书面文字总是比说话更为慎重。[62]

4. 书面诽谤的可信度要比口头诽谤更大，因此对受诽谤的人来说，伤害也更大。恰恰因为从获得的精确性而言，书面交流的成本要比口头交流的成本更低，并且——由于文字更为持久以及（可能）读者更多——不精确带来的代价也更大，因此读者会对精确性预期也更高，因此一般也都会更看重书面诽谤，而不看重口头诽谤。如果名誉侵权的损害赔偿计算很方便，这种差别就会自动反映在书面诽谤案件以及口头诽谤案件判决的损害赔偿金上；但是由于计算不方便，降低书面诽谤案的举证标准也许就很有道理。总而言之，同口头诽谤的情况相比，书面诽谤案的受害人付出的代价更高（第1、2和4点），而且要避免名誉侵权的成本也更低。

常有人批评说，法律以“事实如此”作为一个绝对的辩解“不公道”。[63]仅仅是出于这一点，也有必要说说这一辩解。有人论辩说，泄漏某人的一个真实但也许很不重要或早已被人们忘却的性格缺陷从而给某人造成的伤害也许会超过因纠正错误印象（他的名誉

---

〔62〕电台播音中的发言者是即席发言，即为口头诽谤。如果是念稿子，即为书面诽谤，Donnelly（前注〔49〕，页123－124）认为这种区分是“虚假的决疑法”。这里提到的考虑因素表明并非如此。

〔63〕请看，例如，“Developments in the Law－Defamation，”前注〔59〕，页932。

就建立在这一印象之上）带来的任何收益。然而，事实是，法律一直顽固抵制有人提出的这种改革，而且，这也与上一章的分析一致。法律不保护那些不实陈述自己的品质，因此其他人会同他们建立有利的个人或商业关系的人们，一点也不比为商品销售者提供的保护更多。

有关名誉侵权的其他重要辩解都归在特权的旗号之下。在名誉侵权法中既有“有条件”特权也有“绝对”特权。一个有条件特权 297
使被告有权作出虚假的和侵犯名誉的陈述，只要被告不是出于“实在的恶意”；实际上，这意味的是只要被告真诚地——即使也许不合情理——认为这一陈述是真实的就可以了。一个绝对特权是，即使展示了存有实在的恶意，这种特权也有效。有条件特权的一个例子就是雇主对先前雇员之人品所作的推荐参考；绝对特权的一个例子就是批评家对电影的评论。[64]

特权的后果是减少了发表享有特权的陈述之成本。但法律为什么要这样规定呢？允许某人把某种活动的一些成本外在化，理由之一是这种活动的收益也外在化了；如果强迫这个人承担全部的社会成本，他也许就不会把这种活动一直推进到对社会最为有利的程度。普通法中偶尔也使用这样一种技巧。[65]因为一封人品推荐参考信的受益者主要是未来的雇主，而不是前雇主，如果雇主写推荐信也要承担名誉侵权的责任，他就可能不写推荐信了，或者是在信中不提雇员有任何不好的品格。从原则上看，未来雇主可以补偿前任雇主的名誉侵权责任风险，或是雇员可以自动放弃自己提起名誉侵

〔64〕在纽约时报诉沙利文案中（New York Times Co. v. Sullivan, 376 U. S. 254 [1964]），联邦最高法院判定，宪法第一修正案确立了一种有条件的侵犯公众人物名誉的特权。这一特权并非普通法的一部分，我将在下一章予以简单考查。

〔65〕请看本书第9章，以及，William M. Landes & Richard A. Posner, “Salvors, finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism,” 7 *Journal of Legal Studies* 83, 128 (1978).

权的权利，但这两种办法都会涉及到相对于所涉价值而言过大的交易费用，并且从实际情况来看，会使大多数人品介绍信都消灭了。因此，目前法律的解决办法也许是有效率的。

大多数有条件特权案都属于这一大类，但并非全都如此。具体说来，信用署（credit bureaus）享有有条件特权搞的那种名副其实
298 的“信用的口头诽谤”[66]，从经济学基础上看，就很难正当化。信用署活动的收益并没有外在化，因为它为客户提供服务，然后收费。信用署的这种有条件特权就是一个很重要的异常；它为本章下一部分讨论的重要的私隐立法问题做了铺垫。

至于批评家的绝对特权，依据的则是一个不同的理由，即没有瞒人。如果我说，“查理·卓别林是个拙劣的演员”，甚或说“卓别林根本不会演戏”，并且这也是我真实确信，那么我就是在表达一个真实的尽管很傻的看法，而不是在表述一个虚假的事实。即使这一评价是出于对演员的恶毒总恨，我的看法也并不更少一些真实，或更多误导。只有当批评家对事实做虚假陈述时，比方说，说某些作者剽窃了他人，[67]或他没有真实表达自己的看法，才发生了瞒人的问题。

概括说来，名誉侵权法的一些基本教义看起来一般都与名誉侵权经济学不矛盾。但是，或许因为名誉侵权的历史渊源有二（口头名誉侵权法是在中世纪教会法庭中发展起来的，而书面名誉侵权法是在星室法院对煽动性文字的刑事审判中发展起来的），因此这一领域的普通法包含了许多奇怪的特点，[69]经济学也不能把它们都解

〔66〕 请看，Prosser，前注〔41〕，页790。

〔67〕 请看，Fitzgerald v. Hopkins，70 Wash. 2d 924，425 p. 2d 920（1967）。普通法上的其他绝对特权主要涉及到政府（包括司法）官员，并且是更大的政府人员侵权豁免的一部分，而这个题目超出了本书的范围。

〔69〕 对这些特点的列数和强烈抨击，请看，James C. Courtney，“Absurdities of the Law of Slander and Libel，” 36 *American Law Review* 552（1902）。

说清楚。在法律中，就像在经济学家研究的消费者行为以及其他各种活动一样，经济学对解说其中心趋势更为成功，而不是说明其单独的决定。

私隐制定法运动

近年来，各州和联邦颁布了许多与私隐（特别是秘密意义上的私隐）有关的制定法。本书第9章没有怎么讨论这些制定法，只是 299
评论说，立法活动的一般趋势是加大了个人的私隐（这里的含义是指掩藏个人的信息），并减少了商业企业和其他组织的私隐。而实际的格局要更为复杂一些。《信息自由法》明显是用来减少政府秘密的，却也损害了个人的私隐。许多由政府控制的、而根据这一法令必须公开的信息都与个人有关，并且"公开"之义务只有在构成"明显没有理由的"侵犯私隐时才让位于私隐权。[69]与此相类似，下一章讨论的《银行秘密法》也只是名义上针对了银行的秘密；它的实际目的和后果就是降低了银行储户的个人财务数据的机密程度。

我想更细致地考查近来为保护个人私隐不受非政府实体侵犯（保护私隐预期不受政府侵犯的问题将在下一章讨论）的一些制定法。这大都是各州的制定法，限制雇主或债权人从任何地方可能获得的有关预期雇员或借贷者的信息。[70]就就业的语境而言，着重点在于限制雇主获取雇员的被捕记录以及很久之前的或"不相关的"

〔69〕 请看，Frank Easterbrook，"Privacy and the Optimal Extent of Disclosure under the Freedom of Information Act，" 9 *Journal of Legal Studies* 775（1980）

〔70〕 有关这些制定法的列数和讨论，见，Report of the Privacy Protection Study Commission，App. I：*Privacy Law in the States*（G. P. O. 1977）.

定罪记录；就信贷而言，着重点在于限制债权人获取预期借贷者的信贷记录。这些制定法在细节上有很大差别，并且许多州都有就业的制定法，但没有信贷的制定法，或是相反。此外，还有一个联邦《公正信用报告法》，该法禁止债权人探求或根据14年前发生的破产或任何7年前发生的与某些事件（包括被捕和定罪）相关的不利信息而拒绝发放信贷。在私人领域中，这是直接规制私隐的最为重要的联邦制定法。[71]

有几种路数可以解说上面的这些制定法。一者是假定颁布这些
300 制定法是为了回应人们感受到了某些“市场的失败”而有必要进行公共干预。这种进路在私隐领域里不太行得通。没有理由假定雇主要求雇员或申请工作者提供的信息会多于雇主为从筛选不称职雇员中获益所要求的信息，就像在上一章提到的，普通法法院（加利福尼亚州的普通法法院除外）已经拒绝了这样一种观点：一个人有权掩藏自己的犯罪记录（即使是遥远的过去的记录），因为其他人也许会对泄漏的信息作出“非理性的”反应。在雇工的语境下，任何这种论证都特别无力，因为这里的竞争对任何作出非理性雇工决定的公司都会给予沉重的处罚。至于信贷的制定法，确实如同前面评论过的，普通法法院已经不加解说地豁免了信用署，不受口头信用诽谤的起诉。但是解决这个问题的有道理的做法，就像州立法机关在普通法走错路的领域内通常做的那样，是简单地撤销这种普通法豁免。

如果私隐制定法不能用私人市场的失败来解说，那么是否可以用公众关于不平等歧视的觉悟提高了来解说呢？就像我将在本章第四部分显示的，经济学家已经论证了，许多种族和性别的歧视也许

[71] 规制学校成绩的巴克利修正案既适用于公立学校，也适用于私立学校，因此，它的主要冲击都落在了公共机构上了。许多联邦制定法都间接地影响了私隐，例如有些联邦制定法要求公司向股东就公司情况作广泛的报告。

只是信息费用的结果。这种费用也许会引导人们根据非常有限的数据（其中包括某个人所属的种族群体的一般特征）来作出判断。伟大的全国性反歧视运动能否增加公众对其他事件的敏感呢（这些事件都使用了粗略的“代表标记”（proxy）来筛选工作或信贷申请人）？仅因为有一个直截了当的、拒绝雇佣任何有过犯罪记录的人的规则，因此拒绝雇佣某人，而细致调查会显示此人的犯罪记录不应剥夺他获得这一工作的资格，[72]这种做法是不公正的；这就像是因为相关的黑人全部就业者平均质量低就拒绝雇佣某个黑人一样。

这样一种有关私隐法律的“怜悯”理论会遇到难题，难题在于它有一些广泛且令人无法接受的寓意。由于信息费用总是为正的，并且常常很高，不靠一些“代表标记”，而是对一切相关事实都进行全部的调查，那么，一个社会就无法运转。如果我们同情某人，因为他15年有过破产判决因此不能获得新信贷，那么，我们就应同样地同情一个因标准化测试（这种测试也许没有精确反映出测试者的真正学术潜能）成绩不佳而不能进入他挑选的学校的年轻人。 301

也许相反，这些私隐制定法都是对比公众或利他的广大公众更为团结的某些利益群体压力的一种回答。许多立法都已经显示出属于这种类型。[73]然而，私隐立法就如同其他广义的“消费者权利”立法一样，获益群体缺乏作为一个有效政治利益群体的诸多特点。他们都是一些有犯罪记录的人，一些信贷记录很差的人。前一拨人鬼鬼祟祟、名声扫地并且缺乏组织。而后一拨人，如果说人数更

---

〔72〕支持隐藏犯罪记录的另一种理由是以刑事处罚的康复目标为根据，这一理由在上一章就讨论和拒绝了。又请看，Richard A. Epstein, “Privacy, Property Rights, and Misrepresentations,” 12 *Georgia Law Review* 455, 471–474 (1978).

〔73〕请看，例如，William A. Jordan, “Producer Protection, Prior Market Structure and the Effects of Government Regulation,” 15 *Journal of Law and Economics* 151 (1972); George J Stigler, “The Theory of Economic Regulation,” 2 *Bell Journal Economics & Management Science* (1978)；以及本书第4章

多，则不像利益群体理论认定的那么团结，因此不利于他们采取有效的政治行动。并且，这个群体可能也不像只能支付更高利率来补偿放款人的坏账（因为放款人不能获得有关借款人信用度的足够信息）的借款人群体那么人数众多，那些会支付的人是其他的边际借款人，因为最有信用度的借贷人一般都会挑选更低的利率。

一个更可能从私隐法律中获益的有效利益群体是黑人群体，他们近年的政治有效性是有目共睹的。想想下面的一系列情况。黑人 302
在信贷和就业上都受到了歧视，因为（不论什么理由）他们在这些领域的表现一般说来要比白人糟糕。有些州以及联邦政府因此通过法律防止歧视黑人。由于不能用种族作为衡量是否适于雇佣以及信用度的"代表标记"，雇主和放贷者则到处寻找其他代表标记，并确定了犯罪记录、定罪记录、破产、判决以及其他作为"代表标记"。他们这样做并不因为他们试图歧视黑人，而是因为他们希望筛选掉那些在通常的市场价格上不能满足他们要求的人（或者是把他们筛选到一个工资更低或利率更高的范畴中去）。然而，如果种族是一个合乎情理的接近代表标记，可以反映出雇主和放贷者感兴趣的那些支撑性特点，并且如果这些替代的代表标记也合乎情理地精确，那么这些替代的代表标记对雇员和借贷者的构成具有的效果与明确使用种族代表标记具有的效果就几乎相同，那么禁止种族歧视就不会有什么效果。

在这些情况下，种族群体也许会寻求禁止这些替代的代表标记。确实，在就业上禁止考虑被捕记录也许会导致一个没有犯罪记录的黑人丧失工作机会，而机会落到了某个有犯罪记录的黑人手中，禁止考虑往昔的破产记录也许会导致某个没有破产记录的黑人支付更高的利率，因为放贷者无法排除那些有破产记录的黑人（假定往昔的破产会增加未来破产的概率，而如果放贷者之所以要追问被人遗忘的破产，也必定是出于这一点考虑）。然而，由于有相当数量的黑人信贷申请人的信贷记录都很糟糕，并且有相当数量申请

工作的黑人都有犯罪记录，因此，立法把这些获取信贷和就业的栏障都一扫而光，也许会使更多的黑人受益，而不是受伤

可以对这一假想进行一个经验上的检验，这就是把颁布了民权法的州同那些颁布了信贷和/或就业私隐法的州作一个比较　兰德斯 1968 年对就业歧视的研究确认了有 29 个州有立法（至少有某些执法机构）禁止就业种族歧视，其中有 21 个州是在 1964 年联邦《民权法》颁布之前就有这种立法。[74] 1977 年为私隐委员会所作的一个研究确认有 8 个州有法律保护私人领域的雇员和工作申请人的私隐。[75] 其中有 6 个州（75%）属于兰德斯确认的 21 个颁布了反歧视法律并采取了实质性措施的州之列，并且有 5 个（63%）属于 21 个"很早"就反对种族歧视的州之列。因此，颁布了反歧视制定法的州在某些方面就要比未采纳非歧视制定法的州更有可能采纳一部雇员私隐制定法　如果仅就可能采纳这样一个制定法而言，上面的数字会分别是 58% 和 42%

303

至于信贷，这个分析就更为复杂了，因为联邦政府在各州之前就同时在反歧视（即《同等信贷机遇法》）[76] 和私隐（即《公平信用报告法》）[77] 问题上都立了法。然而，如果我们继续使用兰德斯的名单作为民权运动强有力的各州之标志（即使它们还没有具体制定有关信贷的立法），很有提示意义的是，在 11 个[78] 颁布了比联邦《公平信用报告法》（在这一方面，联邦立法并不先期排他）更

〔74〕 请看，William M. Landes, "The Economics of Fair Employment Laws," 76 *Journal of Political Economy* 507, 507 n. 1 (1968).

〔75〕 请看，*Privacy Law in the States*，前注〔70〕，页 17－19.

〔76〕 15 U. S. C. § 1691 (1976).

〔77〕 15 U. S. C. § 1681 (1976). 这一重要私隐条例的立法史显示了一种关切，即无规制的泄漏对信贷者不利的信息对黑人可能有更大的负面影响。请看，Fair Credit Reporting, Hearings on S. 823 before the Subcomm. On Financial Institutions of the Senate Comm. On Banking and Currency, 91st Cong. 1st Sess. 129－132 (May 19－23, 1969).

〔78〕 请看，Privacy Law of the States，前注〔70〕，注〔47〕.

严格的信贷私隐限制法的州中，有 9 个（82%）州上了兰德斯的名单，有 6 个（55%）州属于这份名单上更早立法的 21 个州之列。

我还进行了另外一个经验研究，用了一套略为不同的数据，是罗伯特·史密斯（Robert Smith）新近对各州和联邦私隐条例的彻底汇编。他把私隐条例划分为 15 个范畴，其中有 3 个范畴在先前的分析家看来同黑人的利益明显相关：被捕纪录、信用信息以及就业纪录的私隐，他还注意到，在各范畴中，哪个州（或者是哥伦比亚特区或联邦政府）立了法。[79]我们再次使用兰德斯的数据并把各州——包括哥伦比亚特区——划分为 1964 年以前就颁布了公平就业法的州、之后颁布该法的州以及在兰德斯研究之时段内未颁布该法的州，就会发现已经颁布私隐法的范畴平均数，（在这三种类型中）在早颁布私隐法的州中这个平均数是 1.1，后颁布该法的州是 1.0，未颁布该法的州是 0.78

304

无论是利益集团的假说，还是反歧视和私隐立法出于同情的假说（即出于对黑人的同情，而不是出于对不良信贷风险以及对像刑满释放者这样的人的同情），上面的结果都与之同样没有矛盾。要区分这些不同的假说，有一种办法是考察一下私隐条例与黑人、西班牙裔人数量之间的相关关系，他们也许是从这类有争议的私隐条例中获益最多的两个主要少数裔群体。如果这种相关关系为正，那就是支持这种利益群体假说的证据；如果为负，就是支持同情解说的证据（因为同情的费用越低，受益的群体就越小）。如果两者没有相关关系，那么，这两种解释就都不成立。[80]

[79] 请看，Robert Ellis Smith, *Compilation of State and Federal Laws* 1978 – 1979 2 (1978).

[80] 这一分析中的复杂之处在于，一个州的非白人人口总量越大，一部私隐条例的费用就越大，表现为更高的犯罪率和利率，并都由非白人来承担，而不是转移到白人身上，因此，这个非白人社区作为一个整体获得收益就会越少。也许，因此，有大量非白人人口总数的州应当分别做出估量，但是从这种进路中我没有获得有用的结果

运用多变量回归分析，可以把这一相关关系嵌入一个关于私隐制定法供需的模型中。这个模型要比那种认为私隐制定法仅为是颁布该法的各州黑人和西班牙裔人比例之函数的模型更为丰富一些。 305
分析的结果就是表 3。在这些报告了的回归分析中，如果某个州在相关的三个范畴（逮捕、信用和就业）中都没有私隐制定法，其因变量值就为 0，如果有一个范畴有私隐制定法，其因变量值则为 1，如此这般，直到因变量值为 3。由于这些制定法大多数是在 20 世纪 70 年代早期颁布的，因此我尽可能使用接近 1970 年的数据。

表 3. 州私隐制定法回归分析。（因变量等于颁布了私隐制定法的各州相关范畴中的数字。）

回归分析	常数	税 a	累进	比率 1	比率 2	转移	转移对数	收入	收入对数	少数	迁入	R^2
1	-1.013 (-.940)	-.0002 (-.178)						.0003 (1.323)		.0240 (2.073)	-.019 (-.864)	.12
2	1.428 (-1.214)	-.0007 (.594)	.090 (.889)					.0004 (1.550)		.026 (2.210)	-.015 (-.625)	.14
3	.060 (.051)		.043 (1.322)	-8.292 (1.554)				.0003 (1.854)		.026 (2.199)	-.003 (.105)	.18
4	-1.033 (-1.010)		.020 (.567)		.427 (1.034)			.0003 (1.601)		.026 (2.201)	.020 (-.913)	.13
5	-4.731 (-2.677)					.023 (2.491)		.0005 (2.992)		.025 (2.284)	-.015 (-.717)	.23
6	-44.414 (-3.626)						2.539 (2.936)		3.797 (3.477)	.026 (2.450)	-.005 (-.236)	.28

自变量之界定：

税 = 1976 年州人均税（Statistical Abstract of the United States，1978）

累进 = 州的最高所得税率减去州的最低所得税率（同上）

比率 1 = 扣除公路费用的州和地方人均花费与州人均收入的比率（1972 年和 1978 年 *Statistical Abstract*）

比率 2 = 税/收入

转移 = 总体转移支付与 1976 年“收入”之比率（1978 年 *Statistical Abstract*）

转移对数 = “转移”的自然对数

收入 = 1976 年州人均收入

收入对数 = “收入”的自然对数

少数 = 州内黑人和西班牙裔人的比例（根据 1970 年 *Census of Population*）

迁入 = 自 1965 年以来新居民所占比例（Census Subject Reports – Mobility for States and Nations，1970）

b. 括号内的 t 数字：在 5% 的层面上，一个绝对值大于 2 的 t 统计数据在统计学上就是重要的。

在检验用利益群体理论解释这些私隐制定法能否成立时，一个关键的自变量当然是黑人和西班牙裔人的比例（在表中为“少数”）。然而，这个自变量只确认了这一制定法对产出这一法律的群体的收益，而没有确认该法对该州其他人（他们也是投票者）的成本。人们越是经常改变自己的住所，就越是难以获得有关他们的信息（这些信息在一个人决定是否同他们交易时很有用），因此，我增加了一个自变量，用来测度近年来迁入该州的人口总量（“迁徙”）。我预计这个数字会是负数，因为，在其他变量相等的情况下，迁入的人越多，一个州就越不可能颁布一部私隐制定法。按照斯蒂格勒的做法，我还加了一个自变量，测度该州的人均收入（“收入”）。在检验用利他主义或温情理论来解释类似私隐制定法的一些制定法之颁布是否成立时，斯蒂格勒就用过这个变量。[81]最后，由于一个州抵制再分配性立法的程度也许是已进行的再分配数量的一个（负）函数，因此，我还加了另外几个自变量，用来测度该州的其他再分配活动，例如每人的税收负担（“税”），以及该州所得税的累进性（“累进”）。

307 在所有这些回归分析中，测度少数群体人口的变量均为正，并且都具有统计学上的意义。在所有这些回归分析中，收入也都为正，就像温情理论预测的那样，但在6个回归分析中，只有两个有统计学上的意义。测度该州再分配活动数量的一些自变量大多不具有统计学上的意义，其中一个数字的正负号甚至也错了。我对私隐制定法之成本以及对新迁入该州人数的测度，正负号都对（为负值），但都没有统计学上的意义。

把这些结果综合起来看，为利益群体理论解说提供的支持很有限，并且没有哪个支持了温情理论或利他主义理论的解说，并且其

---

〔81〕 请看，George J. Stigler, “An Introduction to the Economics and Politics of Privacy,” 9 *Journal of Legal Studies* 623 (1980).

他未在表3中报告的回归分析都削弱了这些本来就很可怜的结果，例如，当我把城市化和犯罪两个变量加进来，用来额外地测度颁布一部私隐制定法的成本时（城市化大致代表了人们拥有私隐的数量，犯罪则测度了这样一种代价，即因能够发现某人的被捕记录以及其他背景特点而遭剥夺的人们自我保护），不仅这些变量的正负号都错了（均为正），而且少数群体这个变量也不再具有统计学意义了。难题之一在于城市化和犯罪都同黑人和西班牙裔人的比例正相关，因此，很有可能，少数群体变量的某些效果被其他两个变量淹灭了。

表4．州私隐制定法与犯罪。（如果该州有被捕记录私隐制定法，因变量等于1；没有，因变量等于0。）

回归分析	常数	税收	警员	北卡1	北卡2	转移	转移对数	收入	收入对数	少数	城市	犯罪	R^2
1	−.074 (−.819)	−.0002 (−.298)						.0000046 (.004)		.002 (.354)	−.014 (−1.200)	.382 (3.928)	.36
2	.255 (.388)	−.0004 (−.607)	.012 (.702)					.00003 (.235)		.001 (.192)	−.012 (−1.028)	.377 (3.854)	.37
3	.101 (.123)	.010 (1.530)		1.016 (1.354)				−.00003 (.024)		−.002 (.235)	−.013 (−.997)	.394 (3.941)	.36
4	.078 (.138)	.012 (1.665)			−2.584 (.525)			.00001 (−.140)		.002 (.260)	−.013 (−1.164)	.386 (3.996)	.36
5	−1.00 (−.895)					.0006 (1.051)		.00005 (.389)		−.001 (.122)	.013 (−1.197)	.346 (3.369)	.37
6	−7.00 (−.686)						0.608 (1.509)		.464 (.492)	.00005 (.007)	−.011 (−.972)	.325 (3.278)	.37

a．变量之界定：请看表3的脚注；犯罪＝州人均犯罪率，美国联邦调查局犯罪索引（来自，*FBI Uniform Crime Reports*，1970）。

b．括号内的t数字：在5%的层面上，一个绝对值大于2的t统计数据在统计学上是有意义的

这些结果还提出了关于州私隐制定法的另一种理论。一般是那些相对说来不大关心犯罪成本的州颁布了这些法律，证据就是这些州犯罪率较高，可以推定，这些犯罪率至少是部分地反映了该州刑事司法制度的运作。表4探求了这一假说，方法是重新计算了表3中的6项回归分析，增加了州犯罪率作为一个额外的自变量，并把

因变量改为该州是否有制定法保护被捕记录的机密（这是与犯罪活动联系最明显的私隐范畴）。在所有这些回归分析中，犯罪变量对因变量都是一个正值，并具有统计学上很强意义的后果。这些结果都在一定程度上支持了私隐制定法的“打击犯罪不力”（soft on crime）的理论。[82] 然而，我结论认为，从经济学的观点来看，私隐立法运动仍然是一个未解的谜。

309

〔82〕 当因变量是两元变量时，有一些技术性意见反对使用通常的最小幂回归分析。然而，表4中的回归分析是用罗吉特分析（logit analysis）重新计算的（罗吉特分析就是设计用来分析两元因变量情况的），结果没有变化

▼
▼
▼

第十一章

联邦最高法院有关私隐的法理

尽管美国宪法没有提到私隐，但很长时间来，无论是作为由具体宪法规定保护的价值（例如宪法第四修正案就禁止联邦官员不合 310
情理的搜查和没收），还是作为在解释保护竞争性价值的其他规定必须予以掂量的价值（例如，宪法第一修正案保证的言论自由也许会同某家人不愿受卡车噪音干扰或不受讨厌的挨门挨户送广告者打搅的愿望发生冲突），私隐概念都在宪法案件审理中扮演了一个重要角色。并且，1965 年，美国联邦最高法院还宣布了一种并不固定在宪法的任何具体规定上的宪法性私隐权利。

私隐权应保护人们不受政府的侵犯，也不受私人个体和厂商的侵犯，很难有人对这样一个命题不满。私隐权利的范围则是一个很可以论辩的问题，并且上面两章对这一范围也提出了一种理解，尽管不像目前流行的观点那么宽大。但是，至少就有某种形式的私隐——有关秘密的私隐——而言，支持这种针对政府的权利的经济学理由要比支持针对私人当事人的理由更强有力。如果信贷者、雇主以及其他私人当事人想寻求有关潜在交易伙伴的信息，想保护自己不被人懵，他们需求的信息就会多于自我保护所必须的信息，他们会为此付出一个价格，并带来一种竞争上的不利。例如，雇主支付给要求其定期接受测谎的雇员的工资就不得不高于支付给不要求其

定期接受检测的雇员的工资。如果这样的检测所得的额外信息抵不上额外工资的价值，那么，雇主花这种钱就没有道理，因为收益没有抵消这种花费，并且在同不要求这种检测的厂商竞争时，这个雇主就会受到伤害。政府则不受这种市场纪律的管束，因为政府在大部分活动中都没有任何竞争；对于联邦政府，则尤为如此。在这种情况下，就如同保罗·鲁宾（Paul Rubin）说的，世界上不能假定政府会在泄密与保密之间做到适当的平衡。[1]

联邦最高法院大法官们在多大程度上感受到了这一分析的寓意，并据此行动了，这是一个单独的问题。我们会看到，长期以
311 来，最高法院对私隐的保护，要往好里说，是不稳定的，要往坏里说，则是倒错的。

格利斯沃德案之前的私隐案件

早在联邦最高法院遭遇私隐侵权案件很久之前，甚至在沃伦和布兰代兹撰写他们著名的有关私隐的论文之前，联邦最高法院就遇到了根据宪法第四和第五修正案提出的保护私隐的主张。在大多数这类案件中，解释这些明确的宪法语言——搜查与没收、合理根据（probable cause）、自证其罪——都无须参照这些修正案的任何私隐目的。奥姆斯戴德诉美国案（*Olmstead v. United States*）[2]是一个重要的例外。此案的争点是，联邦官员窃听录音（wiretapping）是否受宪法第四修正案的限制，对此的回答在逻辑上则取决于宪法第四修正案保护的是哪一种精细的私隐利益。如果保护的只是隐遁

[1] 请看，Paul H. Rubin, "Government and Privacy: A Comment on 'The Right of Privacy,'" 12 *Georgia Law Review* 505 (1978).

[2] 277 U. S. 438 (1928).

的利益，[3] 那么就不应当认为该修正案限制窃听录音；因为窃听不涉及对物理性私隐的重大入侵，就像在奥姆斯戴德案本身那样，甚至也没有技术上的入侵——没有擅自进入（trespass）。但是，如果宪法第四修正案中隐含了一种更宽泛的私隐概念，那么窃听也许就属于它的范围。

联邦最高法院认定窃听录音不受宪法第四修正案的限制，部分原因是，这种做法没有擅自进入被告的驻地，但强调擅自进入是错 312
误的。如果宪法第四修正案保护的只是隐遁，那么一种未被察觉的、并不损害隐遁利益的擅自进入就不违反这一修正案；但是，如果该修正案所保护的私隐利益更宽，有没有擅自进入以及有没有侵入隐遁，这就不重要了。奥姆斯戴德案中有待决定的问题恰恰是，宪法第四修正案究竟意图保护什么样的私隐利益，而联邦最高法院没有讨论这个问题。

如果隐遁不是宪法第四修正案所保护的惟一利益，那么你即使并不热烈赞同秘密，支持把窃听纳入该修正案保护范围的理由也很强。就像我在本书第9章中论辩的，至少当人们知道会广泛使用窃听录音时，窃听录音就不大可能有效获得信息，并因此不大可能损害秘密（秘密常常会是一种好东西），更多可能是抑制了交谈，并因此使交流比在其他情况下成本更高。即使在社会希望阻碍某种交谈时，比方说，交流是某种非法活动的延伸，这一结果也许还可以容忍，并且也是可理解的值得追求。但是，即使仅仅因为执法官员本人并不承担强加在电话被窃听的无辜者身上的那些成本（造成不那么有效的交流），也不能相信执法官员会把窃听都限制在非法交流上。因此，应当有一个外在的控制，无论形式如何，是对窃听电话的政府行政部门之裁量权采用一种侵权救济，是一份搜查证，还是一个合乎情理的标准。

---

〔3〕 本书第10章讨论了隐遁——或者和平安详——意义上的私隐。

对奥姆斯戴德案的通常观点是，该案的决定错了，因为常规的警察搜查与窃听的惟一差别就是宪法创制者不可能预见的一点技术差别。我不同意这种观点。常规搜查与窃听的差别是隐遁与秘密的差别。可以想见，宪法创制者也许关心的是保护人们的安宁，而不是保护他们交谈的秘密性。[4] 如果情况是这样，那么一种技术进步，使警察可以用噪音很大的微波来搜查某人住宅，就会受宪法第四修正案的限制，哪怕是宪法创制者并没有预见到这种搜查手段，而窃听或"装窃听器"（bugging）就完全不受该修正案的限制。

313

在那些讨厌的警察搜查中，安宁利益一直都是一个因素。[5] 在早期的搜查与没收案件中，重要性都放在了被告对被没收之财产

---

〔4〕 应当清楚，这一修正案保护的是"文件"和"财产"以及"人身"和"住宅"，但是当警察在搜查过程中翻看你的文件和财产时，不可能不打搅你从事平常的工作。

〔5〕 请看所列数的因素，United States v. United States District Court，407 U. S. 297，326－327（1972），附和意见，因为警察的非法搜查导致"对私隐的重大侵犯"（隐遁意义的）："我们最高法院一直不幸地目睹了警察侵入的危害，这些搜查没有获得独立执法官的事先支持，例如，在维克斯诉美国案（Weeks v. United States，232 U. S. 383）、迈伯诉俄亥俄州案（Mapp v. Ohio，367 U. S. 643）以及齐美尔诉加利福尼亚州案（Chimel v. California，395 U. S. 752）中，由于一些没有搜查证的搜查，整所住宅都被翻了个底朝天。事实上，在克雷门诉美国案（Kremen v. United States，353 U. S. 346）中，随着逮捕小木屋的住户，木屋里的全部东西，总共800件（例如'1 Dish Rag'）被没收，都被拿到旧金山由联邦调查局人员研究。在一个类似的案件中（Von Cleef v. New Jersey，395 U. S. 814），'没有搜查证，警方搜查了一位被捕者的住宅，搜查了三个小时，最后没收了数千件物品，包括书刊杂志、分类目录、邮件地址、私人信件（包括已开封的和未开封的）、照片、图片和胶片'。同上，页815。在另一案件中（Silverthorne Lumber Co. v. United States，251 U. S. 385），联邦侦探'没有任何法律权威'，清洗了上诉人之一（早先已经被监禁了的办公室所有者）的办公室，并'把在那里发现的所有书籍、文件都洗劫一空'。大法官霍姆斯代表联邦最高法院，称这一战术为一种'暴行'。同上，页390－391。在另一案件中（Stanford v. Texas，379 U. S. 476），州警察根据一个一般的、搜查被控为颠覆者的住所的搜查令，没收了超过2000件文字作品，其中包括大法官布莱克先生的著作。"

的所有权上，[6]这进一步证明了宪法第四修正案的目的是要保护安宁，不受警察搜查带来了打扰；没收某人自己的财产要比没收他人的财产更有可能打搅前者的安宁。与这种观点也一致的是赫斯特诉美国案（*Hester v. United States*），[7]该案认定，当官员秘密监视被告时，即使官员擅自进入了他的财产，也不违反宪法第四修正案。[8]因此，只有根据这样一种理论，即宪法第四修正案保护的私隐利益是不让警察破坏某人孤身一人的利益，才有可能解说奥姆斯戴德案的结果。而对宪法第四修正案所保护之私隐利益作这种解释，不管最后有什么优点，至少是可以理解的，并且与技术改变没有什么关系。

在奥姆斯戴德案件中，布兰代兹大法官的反对意见认为——因为多数大法官不认为——该案应取决于宪法第四修正案所保护的私 314
隐利益之性质。在这一反对意见的一段核心文字中，布兰代兹解说了他认为宪法创制者采用的私隐概念：[9]

> 我们美国宪法的创制者努力保证一些有利于追求幸福的条

〔6〕 对这些案件的回顾，请看，Warden v. Hayden, 387 U. S. 294, 303 – 304 (1967).

〔7〕 265 U. S. 57 (1924).

〔8〕 赫斯特案还有额外的利益，与也许可以称之为宪法第四修正案的财产理论相关，也就是，可以在卡兹案中布莱克大法官的反对意见中看到的那种理论，请看后面注〔25〕至〔25〕，该理论认为，要构成对宪法第四修正案的违反，一定要有对人身或财产的侵扰。如同赫斯特案所例证的，侵犯财产利益不足认定侵犯私隐的一个充分条件，但这是否是一个必要条件呢？只有当政府的行动与私人个体或厂商的行动之间没有差别时肯定的回答才说得通。在这种情况下，应适用同样的标准。并且，如果对宪法第四修正案的解释是必须违反了州财产法和侵权法，也会适用。但是政府以及私人侵犯私隐的正当理由和后果都不同，并且这些理由和后果都要求对前者要比对后者施加更大的限制，并因此放松了宪法第四修正案同州财产法和侵权法的紧密联系。宪法第四修正案的语词或历史中都没有什么东西不允许这一结果。

〔9〕 277 U. S. 页 478 – 479

> 件。他们承认一个人的精神本质、他的感受以及他的智识的意义。他们知道在物质东西中只能发现生活的部分痛苦、快乐和满足。他们寻求保护美国人的信仰、思想、情感以及感情。他们针对政府赋予人们这样一种不受打搅（let alone）的权利，一种最全面的权利，一种为文明人士最珍视的权利。要保护这种权利，政府对个体私隐的每一个无法正当化的侵入，无论使用了什么手段，都一定要视为违反了宪法第四修正案。并且用以这种侵入确定的事实作为刑事程序证据一定要视为对宪法第五修正案的违反

但是，这并不能得出，因为宪法创制者希望创建一个有利于某些人类生活理想的条件，他们就创造了一种“不受打搅的权
315 利”。[10] 宪法中没有任何这种权利的提法。宪法中只有一些具体的权利，不受某些具体形式的私隐侵犯。更重要的是，如果私隐不是自由的同义词（没有证据表明布兰代兹持这种观点），那么不受打搅的权利所保护的就比私隐大得多。[11] 例如，强制征召就会侵犯不受打搅的权利，尽管也许不会认为这是非法的，只要看一看布兰代兹司法意见的下一句话中提出的理由就行了。[12]

上面引证的文字，后来证明是当代美国联邦最高法院的私隐决定中的两个重要趋势的预言者。趋势之一是宣告有一种在宪法文本

---

〔10〕 这种说法显然首次出现在一本法学文献中，请看，Thomas M. Cooley, *A Treatise on the Law of Torts: Or the Wrongs Which Arise Independent of Contract* 29 (2d ed. 1888)，在该书中只是用来指殴打和伤害侵权。

〔11〕 请看，Philip B. Kurland, *The Private I: Some Reflections on Privacy and the Constitution* 14 (1976), The Nora and Edward Ryerson Lecture, University of Chicago, published by The Center for Policy Studies.

〔12〕 我对这段引文的反对意见并不是，布兰代兹相信有一种不受限制的不受打扰的权利，而是，即使这种权利很有限，它也不具有宪法的渊源。

中没有渊源的宪法性私隐权。另一趋势是把私隐权扩大到隐遁和秘密之外，使之成为一种不受政府干预的一般权利（尽管适用是选择性的，不是中性的）。令人惊奇的是，布兰代兹是这两个趋势的先辈。在这段引证的文字中，布兰代兹的分析方法恰恰是为他谴责的一些大法官当年使用的方法。这些大法官认为宪法第十四修正案的正当程序条款是保护自由放任经济不受各州立法干预的宪章。这些大法官把他们的政策偏好变成了宪法性法律，但是在宪法第十四修正案的文本或历史中都没有基础；同样，大法官布兰代兹也没有这个基础。

除了诉诸"不受打搅的权利"外，在奥姆斯戴德案中的反对意见中，布兰代兹还大量依赖了博伊德诉美国案（*Boyd v. United States*）。[13] 在该案中，联邦最高法院依据宪法第四和第五修正案判定一部联邦海关的制定法违宪，该制定法规定，如果一个人拒绝向联邦政府提交所要求的文件，在任何依据税收法对他提出的刑事诉讼中，都将认为他承认了与这一文件内容有关的任何指控为真。布兰代兹在博伊德案中宣读了下面的文字，支持认定窃听违反了宪法第四修正案的立场：[14] 316

> 构成这一违法行为的要害并不是砸了他家的门，翻了他的抽屉；而是侵入了他无可辩驳的人身安全、人身自由和私有财产的权利……，这些权利支撑了并构成了凯姆登爵士（在恩提克诉卡林顿案［*Entick v. Carrington*］）中的判决。冲进他人住宅，打开箱子和抽屉都属严重的情况；但是任何暴力和强制歪曲将用来定罪或没收物品之证据的某人自己的证言或私人信件，也是属于这一判决谴责的范围之内。在这一方面，宪法第

〔13〕 116 U. S. 616 (1886).

〔14〕 116 U. S. 页630，引自 277 U. S. 页474－475。

四和第五修正案几乎是相通的。

这段文字与宪法第四修正案是否只保护隐遁利益或还要进一步保护秘密或掩藏是贴切的，尽管有些含混。在博伊德案中，联邦最高法院大量引证了凯姆登爵士（Lord Camden）在恩提克诉卡林顿案[15]中的意见，认为侵犯非法搜查中获得的任何文件之机密都是加重这一行动基本非法的一个情节，而这种基本的违法性，在他看来，就是未经授权的没收财产。首要的是这种侵入，其次才是对这种秘密的损害。博伊德案似乎把这个序列颠倒过来了，但是这种颠倒似乎是错误的。因为这里说闯进家门和乱翻抽屉是次要的，首要的是"人身安全、人身自由和私有财产"的权利；并且最后一项肯定同第一项很有可能以及第二项有可能还是同隐遁利益相联系。更重要的是，博伊德案涉及到与传统的警察搜查中的同类严重情节（尽管轻一些），因为在博伊德案中，制定法强迫人们花费时间筛选自己的文件，以服从这个提交文件的命令。

317

应当明确，你不能把上面的博伊德案的文字理解为并且认为联邦最高法院关切的一切就是必须提交一份文件带来的不便。最高法院还关心被迫用自己的证言自证其罪以及被迫用自己的文件自证其罪之间的相似性。如果在博伊德案中，最高法院是正确的，宪法第五修正案保护一个人的文件不被用作证据，那么，为什么不保护他的电话会话也不能作为证据呢？这都不是证言，但是它们也都不是博伊德案中涉及的发票。

博伊德案中有关宪法第五修正案的决定今天已不再是有效的法律了，[16]但更重要的一点、与该案在私隐权利相联系的一点是，宪

---

〔15〕 19 Howell's St. Tr. 1029 (1765).

〔16〕 请看，Fisher v. United States, 425 U. S. 391, 408 (1976)。又请看，Andresen v. Maryland, 427 U. S. 463 (1976).

法第五修正案与保护私隐似乎只有蜻蜓点水的关联。[17]不仅该修正案允许对一个人就不会使他面临刑事指控危险的、无论多么私隐的相关问题进行审问（因此，它并不保护无辜者的一切私隐）；而且只要是给了他指控豁免，还可以在那些即使会自证其罪的问题上强迫他出庭作证。因此，即使窃听侵犯了私隐，但这本身并不是一个强有力的诉诸宪法第五修正案的理由。在博伊德案中，联邦最高法院对宪法第五修正案的扩大解释并不必然支持一个扩大的私隐概念。

我说过，参照作为隐遁的私隐与作为秘密的私隐之间的差别，就可以理性地支持奥姆斯戴德案。我也认为，布兰代兹的反对意见 318
并没有提出很有说服力的理由认定作为秘密的私隐也是一种受保护的利益；但我这样说并不意味着我认为奥姆斯戴德的决定事实上是正确的。殖民地时期的美国人关心的不仅是他们的安静祥和会不会受到侵犯，还关心在很少或没有干扰和平安宁的因素的情况下对私人信息的获取，典型的例子就是私自拆信。[18]尽管拆信也许会耽误信的传达，或增加了邮件遗失的机会，但这些后果同损害交流私密性的影响相比，或者在警察搜查住宅的情况下，同对和平安宁之干预相比，很小。宪法第四修正案的背景还包括了协助令（writs of assistance），这主要是通过搜查仓库以及其他商业建筑来强制执行商业制定法。[19]对协助令的主要反对意见可能是这些协助令对查获

---

〔17〕 请看，Bernard D. Meltzer, "Privileges against Self – Incrimination and the Hit – and – Run Opinions," 1971 *Supreme Court Review* 1, 21. 但是，请看相反的观点，Robert S. Gerstein, "Privacy and Self – Incrimination," 80 *Ethics* 87 (1970).

〔18〕 请看，David H. Flaherty, *Privacy in Colonial New England* (1972). 早期的一个案例，Ex parte Jackson, 96 U. S. 727, 733 (1877)，捎带提到了布兰代兹的反对意见，并提出邮局探看这些邮件会违反宪法第四修正案

〔19〕 请看，例如，Jacob W. Landynski, *Search and Seizure and the Supreme Court: A Study in Constitutional Interpretation* 30 – 38 (1966).

违反不受欢迎的英国商业制定法是否有效，而不在于这些搜查还附带地打乱了商业。[20]

让我们向前跳跃一步，看一看奥姆斯戴德案在现代生活得如 319
何。与奥姆斯戴德案中隐含的保护物质性私隐与保护秘密之间的区

[20] 然而，对于我的基本论点——私隐中的隐遁方面在宪法第四修正案的讨论中一致被忽视了——很重要的是殖民者本人关注的就是协助令有打乱秩序的后果。萨缪尔·亚当斯（Samuel Adams）就说过（*The Rights of the Colonists and A List of Infringements and Violations of Rights*, 1772）："因此我们的住宅、甚至我们的卧室，都容易受到搜查。我们的箱子以及我们的车后箱都被那些审慎者不会冒险雇佣的哪怕是下等仆人的恶棍撬开和洗劫；只要是他们想说他们怀疑住宅里有些物品没有纳税就行了。随意行使这种权力的极端例子，在这个或那个海港城市都经常发生。因为这一点，我们割断了内部的安全，本来这种安全会使最不幸的人也可以在某种程度上接受生活。这些官员也许会以法律为借口，或者是以某个一般搜查令为幌子，突破顺民的神圣权利，搜查人们的住宅，摧毁他们的安全，拿走他们的财产，并且他们没有一丝犯最可怕的谋杀之罪的危险。" Bernard Schwartz, *The Bill of Rights: A Documentary History* 200, 206 (1971).

有可能这样论辩说，宪法第四修正案保护的私隐利益不可能非常重大，因为，在所有我讨论过的案例中，受保护的私隐都是非法行为者的私隐。对于这一论点，我会回答说，所谓宪法第四修正案保护罪犯而不是守法个体，这种印象是为执行这一修正案的特定救济方案造成的结果。很少有人提出宪法第四修正案的主张，只有那些被定罪的罪犯，他们想以审判中使用的证据是违反该修正案获得的这一点为理由来推翻他们的定罪。违反该修正案的救济赔偿是有的，但很少有人诉诸。请看，Bivens v. Six Unknown Fed. Agents of the Bureau of Narcotics, 403 U. S. 388 (1971)。然而，要理解该修正案的基本目的，一种很有用的方法就是想像完全是以损害赔偿之诉来实施这一修正案。一定让非法搜查的受害者的和平安宁或其他受宪法第四修正案保护的利益完全不受某一搜查的任何伤害，就会镇慑警察，他们就不敢进行非法搜查。至于这个受害人后来是否根据搜查获得的证据被定罪则是一个细节。这种损害赔偿救济，在法院可以精确估量因某个非法搜查造成的损害的范围内，将同样会保护罪犯以及守法者的私隐。无论非法获得的证据是否用来把一个人定罪，都将是这样。他还是有权享有损害赔偿，按照对任何合法私隐利益之损害来测度。所谓"合法的"，我指的是要做这样一个区分，比方说，一方面是这一非法搜查对这个罪犯和平安宁的打搅，另一方面是因这一搜查发现的非法活动以及后来在刑事审判中用作不利于他的证据而对他施加的惩罚。这种惩罚不会损害他的任何合法利益。

分相一致，在戈德曼诉美国一案（*Goldman v. United States*）[21]中，联邦最高法院认定，电子窃听（形式是安装窃听器而不是普通的窃听）不受宪法第四修正案的限制。但是在修沃曼诉美国案（*Silverman v. United States*）[22]中，联邦最高法院得出了一个相反的结论。在修沃曼案中，窃听器安装在被告住所的墙上，联邦最高法院因此区分了戈德曼案，在后一案中，窃听器是安装在被告住所的墙外，因此没有物理的穿透。最后，在涉及到在公共电话亭对电话录音的卡兹诉美国案（*Katz v. United States*）中，[23]联邦最高法院，以修沃曼案以及在此期间的其他决定为权威，推翻了戈德曼案以及奥姆斯戴德案的决定。

大法官布莱克在卡兹案中表示反对，他感到愤怒的是，多数派大法官依赖的都是修沃曼案，而修沃曼案与卡兹案（以及与戈德曼 320
案和奥姆斯戴德案）不同，卡兹案涉及到对被告住所的物理性穿透，并因此涉及到擅自进入，但是擅自进入与此无关。在修沃曼案中，擅自进入并没有实际打搅被告住所的安宁。就像在赫斯特诉美国案（*Hester v. United States*）案[24]一样，在那里联邦最高法院拒绝把这种不引人注目的监视归到宪法第四修正案下，尽管当时有过擅自进入，修沃曼案中的“钉子窃听器”不引人注目，因此也不曾打搅被告的物理性私隐。如果奥姆斯戴姆案的真正基础是宪法第四修正案只保护私隐的隐遁方面，那么，修沃曼案就确实与奥姆斯戴德案不一致，因为在修沃曼案中，联邦最高法院用宪法第四修正案来保护的是秘密而不是隐遁。

在卡兹案中，联邦最高法院忽略了隐遁与秘密直接的区别，把

---

〔21〕316 U. S. 129 (1942).
〔22〕365 U. S. 505 (1961).
〔23〕389 U. S. 347 (1967).
〔24〕请看，前注〔7〕

私隐的含义当成是非常明显的，因此不值当展开讨论。大法官布莱克反对说：[25]

> 通过机灵的文字游戏，联邦最高法院认为可以论辩说，为了保护私隐，那些本来是专门针对搜查和没收可以被搜查和没收的东西的语词，现在也许可以用于窃听获得的那些既不能搜查也不能没收的会话证据。对一个人来说，很少有什么东西不会以某种方式影响他的私隐。因此，当联邦最高法院专断地用最高法院的这些当初用来保护私隐的语词来替换美国宪法的、用来保护不受不合情理的搜查和没收的语言时，它就是用宪法第四修正案作为工具认定那些违背了联邦最高法院对私隐的最宽泛理解的一切法律都违反了美国的宪法。

321 除了这样一个并非宪法第四修正案的语词或历史一定要求得出的说法（只有没收可见物品才属于宪法第四修正案保护的范围之内）外，[26]要同布莱克大法官争论很难。多数派大法官并不打算界定私隐，并且明显也不意识到，要支持奥姆斯戴姆案的结果，除了"不存在擅自进入"外，还可以参照任何其他原则

布莱克大法官还加固了自己断言的窃听与搜查和没收之间的区分，他提出窃听在采纳权利法案时就已经存在。布莱克斯东在《英国法述评》中就提到过窃听是普通法的一种轻罪，[27]但是美国宪法创制者并没有打算禁止它，无论是在第四修正案中，或者是在美国宪法的任何其他地方，都没有。考虑到人身窃听与电子窃听之间在

---

[25] 389 U. S. 页 373

[26] 宪法第四修正案宣告的"人们人身安全得以保证"的权利相当广泛，足以包括不受不合情理的电子监视的权利

[27] 请看，4 William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* 169 (1769).

有效性上的差别，以及考虑到布莱克斯东提到的窃听人是“普通人”（common scolds），而不是执法者，这一点看起来也许不具有决定意义；但是当你考虑到有一种人身窃听（在犯罪团伙中或颠覆性群体中安置一个便衣侦探）的意义和有效性之后，这一点就改变了。在执法中使用这些方法要比权利法案早出几个世纪，如果不是早出几千年的话，[28]而其目的就是窃听。

联邦最高法院拒绝认定用便衣收集犯罪线索和证据要受宪法第四修正案的限制。[29]最高法院把这种拒绝建立在那种虚构的同意之 322
上，并且，即使在像奥斯本诉美国案（*Osborn v. United States*）[30]中——便衣侦探身藏麦克风和录音机访谈疑犯——也坚持了这一观点。最高法院的进路在奥姆斯戴德案时代可以辩解，那时，除了信件外，可以说惟一受宪法第四修正案保护的私隐权利就是，不让一帮警察冲进来，把抽屉翻了个底朝天，或者以其他方式把你的房子弄得乱七八糟。但是，一旦认定宪法第四修正案要保护的是秘密意义上的私隐，即在修沃曼案以及随后在卡兹案中所采取的步骤，那么就不再有一种很有说服力的立场把便衣侦探当作属于宪法第四修正案以外的地带了。[31]便衣侦探明显侵入了他打探的那个人的作为秘密的私隐。在任何意义上说被打探者“同意”侵入这种在其他

---

〔28〕有关罗马帝国警察用仆人窃听其主人的情况，请看，Alan F. Westin, *Privacy in Western Society: From the Age of Pericles to the American Republic* 52－53 (Rep. To Assn. of Bar of City of N. Y. Spec. Comm. On Sci. and Law, Feb 15, 1965).

〔29〕请看，例如，Hoffa v. United States, 385 U. S. 293 (1966)。有关对联邦最高法院之进路的批评，请看，Geoffrey R. Stone, "The Scope of the Fourth Amendment: Privacy and the Police Use of Spies, Secret Agents and Informers," 1976 *American Bar Foundation Research Journal* 1195

〔30〕385 U. S. 323 (1966).

〔31〕霍佛案（Hoffa）和奥斯本案都是在修沃曼案之后但在卡兹案之前决定的，但是联邦最高法院，在美国诉怀特案（United States v. White, 401 U. S. 745 [1971]）中，明确表示由于卡兹案而不愿推翻便衣侦探案件

地方会受到法律尊重的私隐，是很荒唐的。欺骗使这种同意变质了，至于说如果当私隐被侵入者对私隐没有一种合乎情理的预期，就不存在对私隐的侵入，这种说法是循环的；他是否有这样一种预期，取决于法律是如何规定的。[32]

格利斯沃德案决定

凯兹案例证了不加批判的但并不必然不正确的私隐概念扩展，
323 从物理性的或隐遁意义的私隐向秘密意义的私隐扩展；与此相类似，格利斯沃德诉康涅狄格州案（*Griswold v. Connecticut*）[33]则例证了这一概念的进一步扩展，并伴随了其宪法基础的流变。此案涉及的是指控某生育控制诊所的两位成员，他们提出了有关避孕品的建议，开出了避孕品的处方，因此他们被指控是从犯，违反了该州禁止哪怕是已婚者使用避孕用品的刑事制定法。在大法官道格拉斯撰写的一份意见中，联邦最高法院认定，该制定法违反了权利法案创设的宪法性私隐权利。

该意见的相关部分从一开头就似乎在自我辩解，否认自己依赖

〔32〕 请看，Anthony G. Amsterdam, "Perspectives on the Fourth Amendment," 58 *Minnesota Law Review* 349, 384 (1974)。大法官弗奈斯特在代表联邦最高法院的拉卡斯诉伊利诺伊州案（Rakas v. Illinois, 439 U. S. 128 [1978]）的判决意见中承认有这个循环论证的问题，在该案中，他说私隐预期一定要建立在宪法第四修正案教义本身之外的财产或其他概念上。同上，页431，注〔12〕。就联邦最高法院拒绝让警察侦探接受宪法第四修正案而言，这是一个很有损害性的承认。如果一个美国公民没有合乎情理的、建立在自由社会的习惯和风俗之上的预期，那些向他表示自己是他可信朋友的人们不就是秘密警察或内线了吗？

〔33〕 381 U. S. 479 (1965)。对格利斯沃德案的透彻分析，请看，Robert H. Bork, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems," 47 *Indiana Law Journal* 1, 7 – 11 (1971).

了任何“实质性正当程序”的概念，随后就提醒读者先前对宪法第一修正案的解释有多宽。尽管宪法第一修正案没有提到结社的权利，但是作为一个解释问题是承认有这种权利的。以这个例子为基础，道格拉斯大法官结论说，“权利法案的具体保证都有阴影区，由来自这些具体保证的光射构成，有助于这些具体保证的存活和实现。”[34] 这一意见注意到，第一、第三、第四以及第五宪法修正案都保护私隐，并且结论说，来自这些保护的“光射”创造了一种已婚者使用避孕用品的“阴影区”权利。

联邦最高法院提到了宪法第三修正案，该修正案禁止在和平时期未经房主同意就在私人住宅驻军，这非常不合适。在美国宪法中，第三修正案是最明确的一个例子，宪法规定要保护的仅仅是作为隐遁的私隐。对格利斯沃德意见这一部分更为宽泛的反驳意见是，这种“光射”理论或边缘理论隐含了一种核心与边缘的联系，而这种联系在使用避孕用品权利的案件中不存在。你可以想像一位小册子作家的匿名权是附属于他发表自己意见的、明确的宪法第一修正案的权利。但在使用避孕用品的权利与受宪法第三、第四和第五修正案保护的核心权利之间并没有这样的关系。[35]

在公用事业委员会诉勃莱克案（*Public Util. Comm'n v. Pollack*）[36] 的反对意见中，道格拉斯不那么虚假地诉诸了作为一种附带权利的私隐。在这个案件中，争点是哥伦比亚特区公用事业委员会（P. U. C）因允许特区电车公司在其电车和公交车上广播（主要是音乐），因此违反了宪法第五修正案的正当程序条款。大多数法官同意这种广播侵犯了旅客的隐遁意义上的私隐权，但又认为 324

〔34〕 381 U. S. 页 484

〔35〕 一个虚弱的努力，在后来的案件中又放弃了，这就是后来大法官道格拉斯在司法意见中把使用避孕用品的权利概括为附属于宪法第四修正案的权利。请看后注〔40〕至〔41〕的正文。

〔36〕 343 U. S. 451 (1952).

这种侵入微不足道。大法官道格拉斯不同意，理由并不是说和平和安宁本身就是受正当程序条款保护的自由的一个方面。他的理由是，允许政府（这是他对这家私人电车公司的看法，因为该公司受到了公用事业委员会的广泛规制）向被它罩住了的听众播放音乐，这最终也许会导致政府真诚努力向那些不情愿的听众进行广播宣传。在这种观点看来，对旅客私隐的这种侵入是违宪的，只因为它构成了一种违反宪法第一修正案之自由的危险（应当肯定，是相当遥远的危险）。

另一个关于能否把私隐作为一种附属权利的例子是巴克利诉瓦廖案（*Buckley v. Valeo*），[37]在此案中，联邦最高法院支持了下级法院的决定，拒绝了当事人以私隐主张抵抗联邦选举融资法的规定；该法的规定要求，哪怕是捐款只有 *100* 美元，也要公布公职候选人的捐款者姓名。允许向政治候选人匿名捐款本来可以视为一种附属宪法第一修正案的私隐权利，因为该修正案保护表达自由主要是要维护政治自由；但此案决定并不这样认为。否认这种权力看起来与政治小册子作者的匿名权不一致，[38] 并且也例证了联邦最高法院在私隐问题上摇摆不定。

相比之下，格利斯沃德案尽管说什么阴影区，说什么光射，却
325 把私隐权提升到独立的宪法意义上了。当这样做时，此案是在一种广泛的新意上使用私隐概念，因为使用避孕工具的权利不是一种隐遁权（即在家或在办公室不受噪音干扰或被人打断的权利），也不是一种掩藏信息的权利。也许，这有点像——或至少在根子上有点

〔37〕 424 U. S. 1, 60 – 82 (1976).

〔38〕 塔利诉加利福尼亚州案（Talley v. California, 362 U. S. 60 [1960]）支持了小册子作者的匿名权；又请看，N. A. A. C. P v. Alabama, 357 U. S. 449 (1958)。与巴克利案在精神上相似的是莱尼德诉塔塔姆案（Laird v. Tatum, 408 U. S. 1 [1972]），在此案中，联邦最高法院认定，陆军的军内监视项目，依据宪法第一修正案，并不违宪，尽管它可能对表达不流行的观点具有“令人心寒”（chilling）的作用。

像----隐遁意义上的私隐权。但是作为隐遁的私隐权是这样一种权利，它允许人们私下从事任何侵权法、财产法、刑法或任何其他法律渊源都允许的事情。这不是一种允许做什么超出法律许可之事的权利。[39]在格利斯沃德案中关于使用避孕用品权的主张要求从事的是为该州禁止的事情。你不可能结论说，因为宪法保护前一种主张，因此它也保护后一种。应当清楚，如果州禁止某人在家干各种自己私下想干的事，那么呆在家中不受噪音打扰或不被其他事情打断的权利就没有什么价值。但是，同样的道理，如果一个人贫穷并且不健康，要想在家私下里自由地干自己想干的事也就没有什么价值了。如果某种分析方法让你能从宪法第四修正案中抽象出一种美好生活的权利，这种方法就一定有什么毛病。毛病就在于它把私隐同人们想要私隐的目的等同起来了。

更进一步说，要按照追求私隐的目的来界定宪法私隐权就是要忽视相关宪法规定的具体限制。认为宪法第四修正案就是建立在作为隐遁的私隐权之上，这个结论没有给出正当理由为什么要用这个概念作基础来支持那些明显不在宪法第四修正案语言规定受保护之内的权利。在勃莱克案中，对没法离开的听众进行广播是侵犯了乘客的隐遁意义上的私隐，我们不关心有多严重，其中有些人的思考或阅读受了打搅。但是，你再怎样扭曲这些语词，却也不能认为这就是一种搜查或没收吧。与此相类似，即使是私隐概念包括了使用避孕用品的权利，也还是既不能把宪法第四修正案，也不能把宪法的任何其他规定理解为创造了一种使用避孕用品的权利。 326

进一步例证这一点的是道格拉斯大法官司法意见中的某一部分，在这一部分，也许道格拉斯大法官要强化他的“光射”进路，因此，他讨论了一种假想的执行康涅狄格州反避孕法的模式，即搜

---

〔39〕 请看，Lorenne M. G. Clark, "Privacy, Property, Freedom, and the Family," in *Philosophical Law: Authority Equality adjudication Privacy* 167 (Richard Bronaugh ed. 1978).

查卧室寻找违法证据，他以此把使用避孕用品的权利同一种更常规的私隐概念联系起来了。这种搜查确实在常规意义上是一种侵犯私隐。但是，如果该法不是在其他方面不可为宪法接受的话，那么这种搜查就是一种有正当理由的侵犯。[40]

在坡诉乌尔曼案（*Poe v. Ullman*）[41]中，大法官哈兰的反对意见就预见到了道格拉斯在格利斯沃德案的这部分意见，因此哈兰大法官提出没有任何办法来执行康涅狄格州的反避孕法，而不侵犯私隐。但是格利斯沃德案的事实表明该州可以执行该法，又不侵犯任何人的私隐，很简单，就是指控生育控制诊所的雇员是从犯。让主要的违反制定法者不受该法有效制裁，执法因此可能只针对从犯，这种情况并不稀奇。专利法和版权法就是这样的领域，只有辅助侵权者（直接侵权者的供应商）才被起诉。[42]但是，哪怕是不违反受宪法保护的私隐利益就无法执行康涅狄格州制定法，这也得不出结论说，该法侵犯了任何人的私隐权，而只能得出该制定法不能执行的结论，许多惩罚“无受害人”犯罪的制定法都有这种命运；并且也不能得出结论认为，指控生育控制诊所的雇员就构成了一种搜查。

327 对康涅狄格州反避孕法的真正反驳并不在于它侵犯了私隐，而在于它禁止避孕，至少是禁止已婚夫妇避孕，这是对行动自由的一种不适当限制。用私隐的术语来表述这个反对意见在智识上并不更有分量。也许道格拉斯大法官是为了避免把决定明确建立在“实质

〔40〕 只要想像一下这个有争议的制定法禁止的不是避孕，而是谋杀，再想像一下，警方可能有理由认为可疑的谋杀者在床垫里秘密隐藏了武器，就可以看到这一点。

〔41〕 367 U. S. 497, 548 (1961).

〔42〕 请看，例如，Aro Mfg Co. v. Convertible Top Replacement Co., 377 U. S. 476 (1964).

性正当程序”概念之上，因此选择了以这种术语表达。[43]然而，他引证了好几个案件，都限制政府规制家庭，却都没有提到私隐，例如梅尔诉内布拉斯卡州案（*Meyer v. Nebraska*），[44]该案认定州禁止学校教除拉丁文之外的外语违反了（当适用于私人学校时）包括了“个人缔约的权利”以及“从事普通生活职业的权利”的自由概念。[45] 撰写这一意见的是迈克雷诺兹（McReynolds）大法官，当时霍姆斯表示了异议，[46]根据实质性正当程序的明显现代的检验标准，只有当一部制定法与许可的立法目标没有合理关系之际时，才是无效的，[47]因此梅尔案的决定不正确。[48] 道格拉斯引证梅尔案（后来的私隐案件也多次重复了这种引证）证明了实质性正当程序还存活着，尽管人们常常否认这一点。当代联邦最高法院只是以某种方式对家庭“减少了规制”，[49]其方式与声名扫地的前辈最高法院大法官不让各州规制商业的方式一样。你可以赞同其中任何 328

〔43〕 这个概念就是正当程序条款保护那些不为任何宪法的具体条款保护的权利。例如当作用这一条款作为不受经济规制之宪章的“契约自由的权利”。请看，Robert G. McCloskey, “Economic Due Process and the Supreme Court: An Exhumation and Reburial,” 1962 *Supreme Court Review* 34.

〔44〕 262 U. S. 390 (1923). 又请看，Pierce v. Society of Sisters, 268 U. S. 510 (1925).

〔45〕 262 U. S., 页 399.

〔46〕 这一反对意见出现在一个与之相伴的案件中，Bartels v. Iowa, 262 U. S. 404, 412 (1923).

〔47〕 联邦最高法院容忍了一些制定法，尽管这些制定法受到攻击，被认为是否认了实质性正当程序。有关的例子，请看，例如，Kotch v. Board of River Port Pilot Comm'rs, 330 U. S. 552 (1947); Williamson v. Lee Optical Co., 348 U. S. 483 (1955). 至于即使有合理关系的要件也予以否认的例子，请看，Ferguson v. Skrupa, 372 U. S. 726, 729 (1963).

〔48〕 霍姆斯在他的反对意见中讨论了“熔炉”哲学，这一点也许促动了禁止向孩子教授外语，并结论说这一制定法并非不合理。

〔49〕 除了格利斯沃德案外，请看后面注〔52〕至〔55〕的正文中讨论的案件：Carey v. Population Services Int'l, 431 U. S. 678 (1977); Zablocki v. Redhail, 434 U. S. 374 (1978).

辈大法官的政策偏好，甚或这两辈人的政策偏好你都赞同，但是还是会质疑他们采取这种行动有没有宪法的基础。[50]

自格利斯沃德案以来私隐在联邦最高法院

格利斯沃德案是联邦最高法院宣布宪法性私隐权（这同《权利
329 法案》私隐导向之具体保证分离了）的第一个决定，同时也是以比隐遁和秘密更宽泛的意义解释私隐的第一个决定。它似乎宣告了宪

---

〔50〕道格拉斯从许多保护具体私隐方面的宪法修正案中抽象出一个宽泛的私隐权，对这一过程还有一种反驳意见，这就是，这个过程认定一一这是很可疑的——一部制定法或宪法是一个融贯的"精神"赋予其以活力，这种精神渗透在它的一切规定中，并使人们能够参考其精神而不受制定法文字的限定来决定案件。这一过程对单个制定法和宪法规定的处理很像是在普通法领域内对单个案件的处理：从研究这些规定……就如同研究案例……开始，法官抽象出可以用来决定一个新的、以前没有预见到的案件的法律原则。但是当把这一过程用于无论是一部制定法还是宪法时，都没有从根本上理解立法性法律（包括宪法）与普通法决策之间的差别。请看，Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* ch. 19 (2d ed. 1977)；以及本书第10章（比较了"诽谤和诋毁"与"私隐的制定法运动"）。在一个比普通法决定更大的程度上，立法性法律是利益群体压力的产物。就这些压力获胜而言，一部立法也许缺乏任何"精神"或理性的统一，可以为某些未被该立法具体涵盖的领域提供指南。请看，Duncan Kennedy, "Legal Formality," 2 *Journal of Legal Studies* 351 (1973)。因此，宪法有某个修正案赞同传媒，又有另一个修正案反对在私人住宅驻军，还有另一个修正案设立了一种权利，反对强迫自证其罪，这些都可能是立宪大会上诸多利益群体操作的结果，而不是某种前后一贯的、不被打扰的权利之概念的表达。至少在把分离的宪法修正案阅读理解为某种表达了统一原则的普通法决定之前，应当考虑这种可能性（因为道格拉斯没有考虑）。碰巧，如果美国宪法有某个"精神"，那也是不信任政府。现代福利国家与这个精神是相悖的，这种精神应当让那些想根据美国宪法的"精神"来创设宪法性权利的人在此打住。

法性私隐法律的一个新时代。[51]

性私隐

在埃森斯塔特诉拜尔德案（*Eisenstadt v. Baird*）[52]中，联邦最高法院面临的争点是，一个州是否可以禁止向未婚男女发放避孕用品。联邦最高法院认定，不能。理由是，在这一方面对未婚者与对在格利斯沃德案中确立了使用避孕用品之权利的已婚者处理不同，是专断的，并因此违反了宪法第十四修正案的同等保护条款。该判决意见的核心是下面这段文字：[53]

> 确实，在格利斯沃德案中，受质疑的私隐权本质上属于婚姻关系。但是，已婚夫妇并非有着自己的脑袋和心脏的独立实体，而是两个个体的一种联合，他们有各自分立的智识组合和情感组合。如果私隐权还有任何意味，这就是，在决定诸如是否怀孕或受孕这样对一个人有根本影响的问题上，个体——无论已婚还是未婚——都有权不受没有根据的政府侵入。

如果不允许未婚者获得避孕用品，私隐权就没有任何意义，这种说法表明，到1972年时，联邦最高法院已经何等遥远地背离了“私隐”的通常含义了。在格利斯沃德案中，联邦最高法院还想像了禁

---

〔51〕我将不讨论被联邦最高法院认定为违宪的案件，这些主要是一些解释不同联邦私隐制定法的案件，例如自由信息法的私隐豁免。有关的讨论，请看，Anthony T. Kronman, "The Privacy Exemption to the Freedom of Information Act," 9 *Journal of Legal Studies* 727 (1980)。我也不重复我对搜查和没收案件的讨论，其中有些是在格利斯沃德案之后决定的。

〔52〕405 U. S. 438 (1972).

〔53〕同上，页453

用避孕用品法实施可能使用的侵犯性手段，以此把使用避孕用品的权利同人们熟悉的私隐概念联系起来。伯尔德案无法使用这个理由，因为该制定法禁止的并不是使用，而只是分发避孕用品。伯尔德案是一个纯粹的实质性正当程序的尝试，它揭开了面具：格利斯沃德案不是建立在私隐概念之上，而是建立在性自由概念之上的。[54]

一旦联邦最高法院在伯尔德案中割断了使用避孕用品权同任何
330 私隐概念（人们私下干什么事）的联系，也许不可避免的就是最终认为私隐权隐含了任何妇女都有人工流产的权利，因为对于防止不希望的生育来说，人工流产是避孕的一种替代手段。应当明确，这两种手段之间有差别，也许与政府干预的正当性问题有关；特别是，人工流产涉及到剥夺一个人（或至少是一个潜在的人［proto-human］的）的生命，而避孕没有这一个问题。但是，是否有这样一种受宪法保护的利益，让人们采取措施避免生下不想要的孩子（这个问题与其他利益的分量是否超过这一利益的问题不同）？在这个问题上，避孕与人工流产之间没有区别。因此，联邦最高法院在若伊诉韦德案（*Roe v. Wade*）[55]中，只用了一句话，就把私隐权是否包括人工流产权的问题给打发了，这就不奇怪了。

伯尔德案以及韦德案甚至比格利斯沃德案更尖锐地提出了这样一个问题，即我们是否有这样一个成文宪法，其中隐含了对宪法性新权利的创设有一些限制？或者美国宪法是否不过是对联邦最高法院裁量权的授权，允许最高法院按照众多大法官的个人偏好来塑造公共政策？美国宪法的任何规定的语言、立法史或背景中都没有显

---

〔54〕 对这一点的承认，请看，Louis Henkin, "Privacy and Autonomy," 74 *Columbia Law Review* 1401 (1974)。并且令人吃惊的是，该文认为这一点与"由司法部门来把宪法现代化"的观点是一致的。同上，页1434。

〔55〕 410 U. S. 113, 153 (1973).

示其中有限制州规制家庭的意图，只要这种规制不是按照种族或其他令人反感的标准就行。由于没有相关的宪法性原则，这就使伯尔德案以及韦德案中的争议与奥姆斯戴德案以及卡兹案中的争议非常不同。宪法第四修正案体现的私隐概念相当宽泛，也许足以包括掩藏私隐信息。但无论是在宪法第四修正案，还是在美国宪法的其他规定中，都没有证据表明有这样的政策，即让人们从事性活动时不必担心会生孩子。联邦最高法院努力纯粹以语言的便利来沟通这一鸿沟，把自由从事联邦最高法院不认为应当规制的活动当作“私隐”的一个方面。在这种观点看来，所谓私隐的东西就是最高法院认为不应受公共控制的东西。然而，在这个意义上，从事你选择的工作，不受政府的阻碍，这种权利同样可以视为私隐权的一个方面。一些大法官们认为宪法保护雇主与雇员在确定雇佣条款上有权不受政府干预，他们实在不够聪明，才没有用私隐的说法来为自己的信念正当化。[56] 331

与其他权利的冲突

在格利斯沃德案之前很久，联邦最高法院就不停地同权利之冲突角力，冲突的一方是用宣传车或挨家挨户征集的方式传播观点这样一种宪法第一修正案的权利，另一方是各家各户不受这些方式造成的噪音打搅的权利。在 1951 年，联邦最高法院支持了一部州法律，禁止在事先未得到主人或住民许可的情况下挨家挨户征集认同。[57] 此判决很聪明地包容了私隐权和表达权，后来又用这一决

〔56〕 大法官马歇尔认为有一种不受打扰的宪法权利，适用于警察不为达到部门要求而理发的权利，这种权利甚至无须使用私隐权的文字表达。请看他的反对意见，Kelley v. Johnson, 425 U. S. 238, 253 (1976).

〔57〕 Breadrd v. Alexandria, 341 U. S. 622 (1951) 该意见提到了家人在“私隐和安静”中的利益 同上，页 625 – 626.

定拯救了一部制定法，该法命令邮局停止向已在邮局申请不再接受包含性内容的直邮广告的人们递送此类邮件。[58] 但是，在一些有关宣传车的案件上，却无法做到这种包容。

在萨伊阿诉纽约案（*Saia v. New York*）[59] 中，联邦最高法院废除了一个法令，该法令要求使用宣传车要得到许可，该判决意 332
见称："在这种情况下，不许可是因为据说有人感到这些声音很烦人。在下一个案件中，也许不许可是因为有人感到这些观点很烦人。"[60] 乍看起来，把烦人的噪音与烦人的观点并列也许不能成立，因为很简单，宣传车的噪音是对私隐的侵犯，而观点并不如此。但是这个区别很表面。安宁和平和可以被观点打搅，也可以被声音打扰，噪音与烦人之观点的真正区别在于，前者可以控制而不会严重限制思想的传播，而后者只有完全禁止传播才能控制（但也有某些重要的例外[61]）。因此，宪法第一修正案的后果非常不同。联邦最高法院很快就意识到了这一点，一年之内，在一个承认宣传车刺耳声侵犯了"安静平和"司法意见中，几乎就推翻了萨伊阿案。[62]

但得出这个结论并没有任何提示说这里有一种宪法性的隐遁权，尽管这种权利似乎比格利斯沃德案断言的使用避孕用品权，在美国宪法中，特别是在宪法第四修正案中，有更为坚实的根基。应当清楚，一般的宪法权利，特别是这一案件中承认的私隐权，通常

---

〔58〕 Rowan v. Post Office Dept., 397 U. S. 728 (1970).

〔59〕 334 U. S. 558 (1948)

〔60〕 同上，页 562

〔61〕 请看，Rowan，前注〔58〕；Erznoznik，后注〔63〕；以及，Cohen，后注〔67〕

〔62〕 Kovacs v. Cooper, 336 U. S. 77, 87 (1949). 精神上与之相同的新近案件有，Grayned v. City of Rockford, 408 U. S. 104 (1972)，支持了一部限制学校附近噪音的法令，以及，Village of Belle Terre v. Boraas, 416 U. S. 1, 9 (1974)，支持了单亲家庭居住分区以保护"安静的隐遁"。

针对的都是政府行为而不是私人行为；并且，这一区分也不只是技术性的，因为对政府侵犯私隐和私人侵犯私隐作出区分是有一些很好的理由的。但是，可以推定，格利斯沃德案宣布的宪法性私隐权说出了最高法院对私隐权保护的基本利益之重要性的一些看法；并且，只要宪法的私隐概念不是同传统的私隐概念完全割断，那么这些利益就包括平和和安宁。因此，现在私隐权已经获得了宪法性尊严，你也许会预期，当同其他宪法性权利发生冲突时，布雷德案（*Breard*）和克瓦希案（*Kovacs*）中维护的那种利益会更占优势。但令人吃惊的是，情况并非如此。

厄兹诺兹尼克诉杰克森维里案（*Erznoznik v. Jacksonville*）[63]涉及到言论自由与——同宣传车和上门征集的情况一样——隐遁意义上的私隐权的冲突。争点是，一部城市法令，禁止室外银幕放映在公路上或其他公有财产处也看得见的裸体镜头，这是否违宪？这部法令的理由是这样一种利益，即不要让眼前出现的巨大裸体镜头分散人们驾车的注意力。[64] 联邦最高法院废除了这个法令，而没有考虑私隐利益。它只是简单认定，该法令禁止放映一切裸体镜头，无论是否色情，这种禁令过于宽泛。联邦最高法院的这一进路太离谱了。一个50英尺大的裸体镜头，不论人们是否喜欢，不论它是否是一部很有艺术水准的、依据反色情法不可能压制之作品的内在组成部分，它都会让人分散注意力。有些人就是反感裸体电影镜头，不管它是否违反了反色情法，有些人虽然不反感但还是不情愿自己的孩子看到这些。你也许会认为这种隐遁的利益相当大，足以——对于相信权利法案的众多规定中发散出私隐权的最高法院来说——超过该法令给电影观众造成的小小的利益侵犯。该法令并没有禁止一般电影

333

[63] 422 U.S. 205 (1975)

[64] 关于私隐的隐遁方面是否适用于"公开场合的"人（例如，开车），请看本书第10章

院，也没有禁止某个具体开放场地，放映裸体镜头。它只是要求这些镜头要调整位置，或是要有所遮蔽，因此在出现裸体镜头时，公共高速路上的人们看不见。以不太多的成本完成这种必要调整是可能的；相比之下，要那些不想让裸体镜头侵犯自己感受的公路使用者改换道路，就可能涉及到一种累积性的、相当大的不便。

应当清楚，有些影院所有者也许会决定不放映有裸体镜头的电影，而不是把银幕遮掩起来，让公路上的人看不见。即使如此，由于并不是所有露天电影屏幕——并且没有室内电影院的屏幕——都可以从公路上看到，因此这种做法对裸体镜头观众的影响可能会很小。从长期来看，这种影响也许可以忽略不计，因为通过这一法令之后，再建露天影院可以很容易就符合该法令的定位或遮掩。联邦最高法院似乎是意识到这种可能性，因为它隐含的说，即使动机就是想让那些非自愿观众不看到裸体镜头，规制露天电影院位置的分区法令也许还是不违反宪法第一修正案。[65] 334

厄兹诺兹尼克案的结果表明，联邦最高法院理解的私隐权并不隐含不看裸体电影镜头的权利，但确实隐含了未婚者使用避孕用品的权利。这是一种对同"私隐"相联系的价值的颠倒。在这种观点

[65] 同上，页212注[9]。通过分区来限制"成人"电影院的位置，这种做法后来得到了支持，请看，Young v. American Mini Theatres, 427 U. S. 50 (1976)。尽管没有提到也许会支持这种分区的一个可能的私隐利益。然而，大法官鲍威尔对厄兹诺兹尼克案与阳格案之间的明显不一致给与了足够的关切，并在阳格案的复核意见中提到了厄兹诺兹尼克案中废除的法令中有某些技术性——尽管在我看来无关紧要的——缺陷。请看，427 U. S. 页73－84，例如，该法令没有距离限制，因此即使公路距离银幕非常遥远，以至于银幕只有邮票大小，也许还是会违反该法。如果有这种情况——在鲍威尔的意见中这纯粹是假说——在执行该法令中出现，就会提供一个恰当的工具来限制该法令使用的范围。但是要期望并要求市政会预见到其法令的每一个司法想像力可能想像出来的遥远适用，并规定具体细节，这太过分了。也许，联邦最高法院会回答说，同下列案件(Thornhill v. Alabama, 310 U. S. 88 [1940]，以及，Smith v. California 361 U. S. 147 [1959]) 相联系的法律教义要求，对规制思想表达的制定法，要根据其文字而不是根据其适用来作出评价，也就是说，要参照假想案件而不是实际案件作出评价。但是，如果如此，在受质疑之立法是基于私隐利益之上的案件中拒绝承认教义有例外，这就再一次表明，联邦最高法院对私隐的专注不如格利斯沃德案以及其他性/私隐案的语言表现得那么坚定。

看来，宪法希望影院所有者有权让不情愿看的观众看到裸体镜头，希望夫妻间有权嬉戏而不担心怀孕，但是它不担心这样一种私隐的关切，即不担心驾车人看到路边出现 50 英尺的裸体镜头会感到反感。[66] 335

厄兹诺兹尼克案特别有意思，因为，尽管这里侵犯的隐遁是精神性的而不是物理性的，却还是可能在不严重损害宪法第一修正案利益的情况下保护一种私隐的权利。一个更难的案件是科恩诉加利福尼亚州案（*Cohen v. California*），[67] 在此案中，联邦最高法院认定，用某州的禁止侵犯“任何人……的和平安宁”这样一个制定法禁止在法庭内穿着印着“我×征兵法”的外衣，这种法律适用违宪。在此案中，可以区分有两种和平与安宁受到了侵犯。一是这个口号背后的那种情绪——反对征兵以及隐含地反对当时美国在越南的政策——给别人带来了不快。即使是你反对可以强迫一个人接受他不想接受的思想的观点，这种不快也还是没有为规制这种行为提供足够的基础。这种不快的基本来源不在于有人看到了外衣表达的反对征兵，而在于知道人们反对征兵，而如果不排除以任何形式表达的反对意见，就不可能不让人知道这一点。

对私隐的第二种侵犯来自这里使用了粗俗的咒骂。这种表达之令人反感与表达的内容无关，这就像下面的事实显示的，反对征兵的人对使用这种咒骂语本身也许也很反感。因为人们对公开使用下流语言很反感，这种对平和安详的侵犯与不邀自来的电话征求或宣传车噪音一样，都是明显可以感知的。因此，在科恩案中，最后的问题就是，相对于由于禁止使用大老粗、不能说会道的人在表达敌

〔66〕在这一点上，有人警惕地注意到劳伦斯·却伯（Lawrence Tribe）教授在他讨论——在非常牵强的现代意义上的一——私隐权的专著的一节中评论，“对他人有影响的自由……是对自我的任何充分理解的核心。”Lawrence Tribe, *American Constitutional Law* 888 (1978).

〔67〕403 U. S. 15 (1971).

意时喜欢用的语言而减少的有效交流，是否重大。

联邦最高法院判定，这种侵犯私隐不重大。联邦最高法院重复了自己先前在厄兹诺兹尼克案中做出的、但几年后在联邦通讯委员
336 会诉帕希菲卡基金会案（*F. C. C. v. Pacifica Foundation*）[68]中又拒绝了的一个论点。这个论点是，法庭上的人"只要转移目光就可以有效避免进一步的震惊"、因此他们只是"短期看到"这个令人反感的场面。[69]这个说法只注意了持续性，对侵犯私隐的其他方面都不管不问。这个论点的逻辑是，听到10秒钟非常嘈杂的噪音，与听到20秒钟比较低的噪音相比，前者侵犯私隐不很严重。联邦最高法院还完全不管记忆会有延续某种令人反感的图像或声音的作用。

在帕希菲卡案中，联邦最高法院，主要以广播电台业主及其家庭的私隐利益为基础，认定联邦通讯委员会规制广播下流骂人的话是合宪的。因为，听众要换台很容易，要比驾车时转过自己的目光（以及孩子的目光），不看露天影院的银幕更容易，因此，除非是下流的骂人话不享有宪法性保护——与科恩案相反——或除非是认为露天影院作为表达意见之论坛比电台更有价值，那么，帕希菲卡案的结果就与厄兹诺兹尼克案的结果不一致。如果帕希菲卡案与厄兹诺兹尼克案和科恩案之间的区分根据没有价值，那么，在意见表达上，露天电影就比电台更有价值，这一点很可能是对的。[70]

私隐与宪法第一修正案发生冲突的还有另一个领域，例证是时

---

〔68〕 438 U. S. 726 (1978).

〔69〕 403 U. S. 页21－22（增加了着重号）

〔70〕 依据宪法第一修正案，传统上给予电台和电视台的保护都少于给与其他传媒的保护，请比较，National Broadcasting Co. v. United States, 319 U. S. 190 (1943)，以及Red Lion Broadcasting Co. v. F. C. C., 395 U. S. 367 (1969)，与Miami Herald Pub Co. v. Tornillo, 418 U. S. 241 (1974)，其根本理由是一个经济学谬论，有关的讨论，请看，Posner，前注〔50〕，页546－547。

代公司诉希尔案（*Time, Inc. v. Hill*）。[71] 此案涉及的是传媒自由与保护人们不被媒体“不实曝光”这样一种州的隐私侵权法之间的冲突。联邦最高法院认定，只有当“不实曝光”中的描述有“故意的恶意”时，也就是只有故意或者完全不管真相如何时，州才可以合宪地规定侵权救济。最高法院把这一结果建立在纽约时报诉萨利文案（*New York Times Co. v. Sullivan*）[72]的决定之上，即依据宪法第一修正案，只有当诽谤为故意或不管后果虚假时，才允许公共人物提出诽谤之诉。尽管诽谤侵权与不实曝光侵权非常相似，但两者并不等同。差别之一就是，不实曝光要求有曝光（publicity），要有广泛的传播，而不仅仅是公开了，只要你向另一个人公开了信息，就可以就公开这一点提起诽谤之诉。另一个差别在于，在不实曝光案件中，这种不实无须有损于原告名誉。这两种侵权的差别可以概括为这样两个方面：诽谤侵权保护的是个人不因名誉受损而损失有利的交易，而不实曝光私隐侵权保护的是一个人不受他不想要的关注，保护的是隐遁意义上的私隐。[73]

337

由于诽谤侵权保护的是名誉，不实曝光侵权保护的是私隐，由于联邦最高法院认为有一种宪法性私隐权但是从不认为有一种宪法性名誉权，[74]还由于萨利文案中的原告是一个公众人物并因此可以推定他不像一般私人公民对侵犯私隐那么敏感，因此，人们也许预期联邦最高法院会认为，是否要求证明被告有真实的恶意，这个问题在希尔案中要比在萨利文案中更困难。然而希尔案判决意见的相关部分甚至没有提到私隐，也没有提到萨利文案中支持侵权责任的

〔71〕 385 U. S. 374 (1967)，在本书第9章中讨论了。

〔72〕 376 U. S. 254 (1964)。

〔73〕 把某人错误曝光当然可能损害其进行有利交易的能力，也就是可能损害他的名誉，但是情况如果如此，就可以提出诽谤之诉。

〔74〕 联邦最高法院已经说过，不存在受宪法保护的好名誉权利。请看，Paul v. Davis, 424 U. S. 693, 711 – 712 (1976)。

情况更强有力，因为此案涉及到“保护个人名誉不受损害的州的额外利益”。[75]在这里，名誉被置于私隐之上，尽管私隐（格利斯沃德案这样告诉你）具有宪法性尊严，而名誉不具有。

在考克斯广播公司诉考恩案（*Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*）[76]中就很明显对依据州侵权法的私隐权有类似误解和贬
338 低。此案废除了某州的一个制定法，因该法禁止公布或广播强奸受害人的名字。该法保护的是私隐侵权法的一个方面，即保护人们不因公开个人信息——尽管真实——而遭受尴尬。就像我们在本书第9章中看到的那样，对这一方面的侵权法已经正确地作了缩小解释，因为通常一个人掩藏有关自己的信息的动机是要促使人们同自己进行某些交往，而如果人们知道真相就不会同他进行这些交往，并且，出于这种动机的自我掩藏是一种欺骗（fraud），表面看来并不比货物交易市场中的欺骗更多受保护。但是，也不是所有有关自我信息的掩藏都出于这种动机，就像考克斯案的事实例证的那样，因为在该案中，有争议的强奸受害人已经被强奸犯杀害了，因此知道她被人强奸对未来想同她进行交往的人并不重要。不让受害人身份暴露的动机是要让她的父母节哀，包括他们不希望受到某些残忍的公共人士的关注，因此，作为秘密的私隐利益就与作为隐遁的私隐利益汇集到一起来了。并且，受害人的名字对于关于该强奸的文章或广播的相关信息而言，尽管有关，却并非至关重要。

联邦最高法院没有关注此案的这些具体事实，而正是这些事实才使此案成为一个支持这种私隐主张的很吸引人的案件。联邦最高法院废除了这一制定法，理由是法院记录中就有强奸受害人的身份，这个记录也对公众开放，并且宪法第一修正案赋予了传媒有权发表这类记录包含的任何事实。联邦最高法院提出，该州也许因否

[75] 385 U. S. 页391.

[76] 420 U. S. 469 (1975).

认公众获得这些信息而违反了宪法第一修正案；但最高法院没有走那么远，只是说，该州无权防止这种信息在传媒上公开。

这种推理使得州直接面对这样一种令人不快的选择，或者是秘密审理强奸案（假定这样做可以不违反被告接受公开审理的权利），或者是牺牲强奸受害者的私隐。为联邦最高法院撤销的该州的进路是，以对公开审判原则的最低损害为代价来保护后一种利益；它没有用联邦法院提议的那种进路。联邦最高法院似乎是认为，既然该州情愿让审判记录上出现受害人的名字，这就表明该州并不真正关心私隐。这种观点误解了私隐侵权法上的一个根本区别，即公共的（public）与公开发布的（publicized）这之间的区别。如果没有公开发布——广泛传播，就没有违反私隐侵权法，相反，不能仅仅因为已经有少数人知道了这些受质疑的信息，因此就剥夺了人们对广泛传播提出指控的权利。[77] 339

---

〔77〕在新近的两个诽谤案中，联邦最高法院已经认定纽约时报诉萨利文案（New York Co. v. Sullivan）的"公众人物"规则不延伸到某些"非自愿的"公众人物身上，这表明考克斯案也许是建立在一个不牢靠的基础之上。在另一个案件中（Hutchinson v. Proxmire, 443 U. S. 111 [1979]），联邦最高法院认定一位受某美国参议员嘲笑的科学家可以诉这位参议员诽谤，因为这位科学家并没有因自己的工作而寻求科学共同体之外的知名度，并且在另一个案件中（Wolston v. Reader's Digest Ass'n, Inc., 443 U. S. 157 [1979]），联邦最高法院认定一个16年前被定罪蔑视国会的人今天已不是公众人物了。这些案件都表明，对非自愿接受媒体曝光的人的同情，这一点在考克斯案中是没有的。

至于私隐侵权法的一个分支，在侵占（请看前面第9章）问题上，很幸运，州法与宪法第一修正案之间没有冲突。有一个案件（Zacchini v. Scripps - Howard Broadcasting Co., 433 U. S. 562 [1977]）的争议是新闻播放了"人身炮弹"的全部过程，这是否可以在宪法上视为播放者的一种侵权性侵占了他人财产。联邦最高法院认定，可以，并说到侵权责任不大可能限制这种人身炮弹表演的传播，因为他当然渴望知名度。请看，同上，页573。（这一节目是为娱乐目的播放的；如目的是一——比方说——质疑这个节目安全与否，播放者就会有更强的宪法第一修正案的权利。）联邦最高法院本可以更有力地指出这一点，给予娱乐者一种产权——受质疑的州侵权法的效果——会鼓励娱乐节目的产出，增加而不是减少思想的产出和传播。但是请回想在巴克利诉瓦廖案，前注〔37〕，在那里，宪法第一修正案的利益与私隐的利益也同时碰到一起了，联邦最高法院驳回了私隐的主张。

我想澄清的是，即使拒绝了一般的宪法性私隐权概念，就像适当尊重成文宪法所要求的那样，这也不能得出结论说，私隐在宪法第一修正案中无权获得有分量的考虑。没有人认为宪法第一修正案应当按字面解释。如果限制言论的理由足够强有力，是允许限制言论的，并且这些理由也无须是见于美国宪法的理由。在决定一个受质疑的法律是否违反了宪法第一修正案时，在决定美国宪法本身是否保护这些利益不受政府侵入时，体现在州侵权法（包括私隐侵权）中的自由与安全的利益有权获得重大的考虑。

记录保存

沃伦和布兰代兹关于私隐权的著名论文是对当时报纸流言栏之兴起的一种回应，他们认为这种栏目威胁了私隐。但是，就像本书
340 第9章指出的，他们忽视了这样的可能性，即这种流言栏目只是一种替代，替代的是那种已经被城市化加剧、时间价值增加以及伴随着识字率日益增长搞得越来越无效的、非正式的邻居间的相互监视，今天那些关心私隐丧失的人都关注电子仪器的进步，这种进步给我们不仅带来了有效率的窃听装置（完全超出了电话录音），而且还带来了有效的数据存取技术，可以搜集和传播更多的有关人们的信息。还有，这些发展很可能只是抵消了其他因素，突出的就是正在继续进行着的城市化，城市化趋向于增加私隐，但这种趋向并不很确定。确定的是，现代的记录保存已经成为所有自认为维护私隐者——联邦最高法院除外——关注的焦点。

1970年的银行保密法[78]就是一个范例，正是由于许多私隐倡导者关切信息存储之进步，才使这一立法成为可能。该法明确支持便利法律执行的目的，要求银行制作并保存所有支票以及其他财务转移文件的备份（执行细则把这一备份和保存的要求同大笔交易相联系，例如超过1万美元的支票），并要求执法机关可以获得这些备份文件。针对私隐以及其他挑战，在加利福尼亚银行家协会诉舒尔茨案（*California Banker Ass'n v. Shultz*）[79]中，该法中的这一保存记录的要求得到了支持，在美国诉米勒案（*United States v. Miller*）[80]中，提交备份的要求得到了支持。在后一案件中，执

〔78〕 12 U. S. C. § 1829b (d).

〔79〕 416 U. S. 21 (1974).

〔80〕 425 U. S. 435 (1976).

法机构发出传票要求获得依据银行保密法由银行制作和保存的被告支票备份。

联邦最高法院强调说，银行交易记录是银行的财产而不是存款者和其他银行顾客的财产。如果受美国宪法保护的惟一私隐只是隐遁，这会是一个相关的考虑因素，因为政府有渠道获取银行制作的备份文件，这不会影响一个人的物理私隐。但是一旦对私隐的理解包括了私隐信息的秘密性，那么财产概念就变得无关紧要了，因为我们的秘密频繁藏身于他人的档案中、医生、雇主或银行的档案中。[81]

联邦最高法院还强调说，支票并不是秘密的交流，并且不管怎么说，银行雇员看过支票这一事实并没有损害支票的私隐。联邦最高法院在这里犯的错误与在它在考克斯案中犯的错误是一样的。信息之私隐通常意味着有选择地透露个人信息、而不是完全保密。（如果意味的仅仅是后者，窃听录音就不是侵犯私隐了。）一个银行顾客也许不关心银行雇员对他的财务状况了解很多，但这不能得出结论说，他对向世界广播和向政府泄漏这些情况也无所谓。

支持银行保密法案件的是一些有关记录必须保存的较早的案 342
件，这些案件，就其表面价值来看，允许通过一种简单的两阶段程序侵犯私隐，而不会受到惩罚。[82]在第一阶段，政府要求公民提供特定的信息，或者是政府可以获得这些信息；在第二阶段，会把这

---

〔81〕或者是一个电话公司：请看，Smith v. Maryland, 99 S. Ct. 2577 (1979)，判定警方使用一种"笔登记"记录某个电话用户打的电话号码并不违反宪法第四修正案，但理由非常做作，即打电话的行为已经把所拨电话号码泄漏给了电话公司。或者是一个会计：请看，Couch v. United States, 409 U. S. 322 (1973).

〔82〕请看，例如，Shapiro v. United States, 335 U. S. 1 (1948); Robert B. McKay, "Self-Incrimination and the New Privacy," 1967 *Supreme Court Review* 193, 214-224; Bernard D. Meltzer, "Required Records, the McCarran Act, and the Privilege against Self-Incrimination," 18 *University of Chicago Law Review* 687, 712 (1951)

些信息提供给某个执法机构。无论在哪个阶段，个体都没有救济。他既无权拒绝提供这些信息——如果这些要求合乎情理；也无权拒绝从他那里获得这些信息的机构散发这些信息，因为这个机构是合法占有这些信息的。

应当明确，后来的一些案件认定，一个个体可以诉诸宪法第五修正案正当地拒绝提供那些会自证其罪的信息。[83]但是这一发展使联邦最高法院居然会把米勒案中的宪法性主张都甩到一边，这就太令人吃惊了。因为米勒案中的传票所要的就是一些文件，而不是要认可这些文件作为证据，并且，由于前面提到的，博伊德诉美国案关于宪法第五修正案保护个人文件这一点提示已经声名扫地，因此米勒案中的主张就必须以宪法第四修正案而不是以宪法第五修正案作为基础。但是，就像在前面提到的，宪法第四修正案要比宪法第五修正案更明显是是用来保护私隐的。因此，人们也许会认为，一份侵犯私隐的传票至少会属于宪法第四修正案的保护范围。

343 联邦最高法院对某类主张缺乏同情，有一个很好的标志，这就是，在否定这类主张时，它的推理是前后不一致的。在米勒案中，在这一受质疑的制定法颁布之前，银行雇员就已经仔细检查过被告的财富交易，这一事实让联邦最高法院认为，被告不存在有可能被该制定法摧毁的私隐预期。在瓦冷诉若伊案（*Whalen v. Roe*）[84]中，联邦最高法院认定了一部州制定法合宪，尽管该法要求医生保持记录，记录他为之开了某些危险但合法药品的人们的身份。联邦最高法院拒绝了该制定法侵犯私隐的论点，并注意到该制定法限制了向州卫生机构雇员透露依据该法搜集的私人信息。这正是在米勒案中被认定已被摧毁的合乎情理之私隐预期的信息透露。人们也许

〔83〕请看，Marchetti v. United States, 390 U. S. 39 (1968); Grosso v. United States, 390 U. S. 62 (1968).

〔84〕429 U. S. 589 (1977).

会认为一部摧毁了合乎情理之私隐预期的制定法因此会侵犯宪法性私隐权。

如果认为宪法第四修正案只保护隐遁，认为宪法没有创设一般性的私隐权，那么，就可以理解联邦最高法院对这些记录保存案件所持的态度。前一种观点会禁止诸如米勒案中对传票提出的挑战，而后一种观点则会禁止舒尔茨案以及瓦冷案中对记录保存提出挑战。联邦最高法院的态度令人难以理解的是，该法院的成员，包括在舒尔茨案、瓦冷案以及米勒案中附和最高法院之判决意见的大法官们，都认为宪法第四修正案保护的是秘密意义上的私隐以及隐遁意义上的私隐（例如，卡兹案），此外还认为，美国宪法还创设了一种不受宪法中任何具体语言限制的一般的私隐权（例如，格利斯沃德案）。前一种信念隐含的是，米勒本应能够拒绝这一针对自己银行财务记录备份的传票。而后一种信念隐含的是，即使是宪法第四修正案并没有让人有权防止搜查自己财富交易的银行记录，这种分析也还没有结束，因为宪法性私隐权会延伸到这一修正案具体保证以外。银行自愿保存记录的做法在其顾客的私隐利益与其他利益之间保持了一种平衡。伴随这一平衡的还有一种最佳程度的假定。[85] 银行保密法移动了这一平衡，使之不利于私隐，并因此看起来侵犯了，至少表面如此，格利斯沃德案系统阐述的一般私隐权。

在这里，人们无法协调联邦最高法院在卡兹案中与在米勒案中表达的两种私隐观：一方面宪法第四修正案限制窃听录音，而另一方面宪法第四修正案却不限制强求银行把顾客的支票备份然后交给政府机关用作刑事指控的制定法，这两者无法协调。性私隐案还可以同否认保存记录案中的一般私隐权协调起来，但只能缩小私隐的概念，因此这个概念只涵盖性自由但不涵盖秘密性；即把这个概念 344

[85] 请看前注[1]的正文。

颠倒过来了。联邦最高法院在保罗诉戴维斯案（*Paul v. Davis*）[86]中就是这样做的。在此案中，联邦最高法院认定，传发一份因在商店行窃而被捕（但并不一定定了罪）的人的名单没有侵犯什么受宪法保护的利益，联邦最高法院说，原告没有对“州能够限制他在有争议的‘私人’领域内行动自由”提出质疑，而只是质疑了“州可以公布像逮捕这样的官方行为记录的主张”。[87]在这里，私隐权的边缘成了核心，而核心降到了边缘。

联邦最高法院对保存记录案中的私隐主张不敏感，这一点特别令人吃惊，因为在这里，手边——在本书第四编中讨论的联邦最高法院的种族和性别歧视决定——就有一种承认这种主张的宪法性理论。歧视在很大程度上就是一个基于不完整信息作出决定的问题，即根据一个人的种族或性别概括有关他或她的性格或能力。如果歧视是违宪的州行为，这在很大程度上是因为，在某些特定领域内，
345 我们希望强迫政府作出个别化的评估。希望允许人们掩藏某些有关自我的信息，这里的关切同关切以某些外部标志而不是以单独评估为基础作出决定是相同的，两种关切是联系在一起的。允许某人对雇主掩盖自己被捕记录的论点是，雇主会把这种信息作为一种不恰当的、“不公正的”外部标志来评估申请人是否适合工作，而这个论点与禁止雇主用种族作为雇用标准的论点是一样的。讨厌用外在标志作出有关人的决定，这本来可以为私隐信息的宪法理论提供基础，而这种理论转而可以用来指导记录保存案的分析。

---

〔86〕 424 U. S. 693 (1976).

〔87〕 同上，页713。与之相类似，在史密斯诉每日邮件公司案（Smith v. Daily Mail Pub. Co., 443 U. S. 97 [1979]）中，联邦最高法院废除了一项禁止报纸公布青少年违法者姓名的制定法，认为“这里没有私隐的问题”。同上，页105。

结　论

本书这一编的结尾距离其开头很远。在联邦最高法院的宪法性私隐案审理的颠三倒四的世界中，“私隐”意味的是，比方说，已婚者和未婚者——无论是成人孩子——购买避孕用品以及做人工流产的权利。当传统意义上的私隐权利与以性自由和性活动公开的名义侵犯私隐的权利之间发生冲突时，一般都是后者获胜。联邦最高法院似乎是传染了20世纪60年代后期和70年代早期学生的激进主义，传染了对诚实的强调，却以牺牲私隐为代价，它的口号是“干你自己的事”以及“让其他事都拉着”。[88]在厄兹诺兹尼克案中，露天放映公路上也可以看见的裸体镜头的权利被认定超过了公路使用者防止侵害自己私隐和情感的权利。在考克斯案中，公布一位强奸受害死者名字的权利被认定超过了受害者父母在哀伤上的私隐权，当把格利斯沃德案以及其他性私隐案都放在一起，再加上保罗诉戴维斯案以及史密斯诉每日邮件案（*Smith v. Daily Mail*）提出的关于私隐权是一种行动权而不是一种保持信息私有的权利的说法，这就表明联邦最高法院有一种把私隐混同于性自由和性展示的趋向。也许，私隐概念在这些性私隐案件中已经过度滥用了，乃至于有些大法官如今已难以辨认出一个真正的私隐主张。 346

如果不是因为最近期的贝尔诉沃非希案（*Bell v. Wolfish*）决定，[89]人们本来也许会从联邦最高法院的少数新近决定（帕希非卡案、哈钦森案［*Hutchinson*］以及沃斯东［*Wolston*］案）推断，联邦最高法院对一种可以理解的意义上的私隐主张的敏感程度正在

〔88〕 参见，前注〔66〕中引证的却伯教授的文字

〔89〕 441 U. S. 520 (1979)

增加。在沃非希案中，争议之一是，在男女囚犯会见了监狱来访者之后，联邦监狱的看守们搜看了男女囚犯的——委婉的说法——"身体的空穴"，是否违反宪法第四修正案。每次这种会见后都会进行这些搜查，无论有无理由认为来访者传递了武器以及其他可以在囚犯身体空穴掩藏的违禁品给囚犯，均会进行这种搜查。遭到这种搜查的囚犯中有审前拘留者，也就是一些还没有定下被拘留之罪的人；他们实际上是此案的原告。

联邦最高法院，包括布莱克门这样一些大法官（他们认为禁止向儿童出售避孕用品也无法许可地侵犯了私隐权），[90] 在一个判决意见中都支持搜看身体空穴，该判决意见附带地提到，囚犯——哪怕是那些尚未被判定犯了之所以被拘留之罪的拘留者——也许都不享有任何宪法第四修正案的权利。[91] 这些搜查没有可能的起因，"由于时间关系……搜查常常当着其他囚犯的面进行"，"有些囚犯
347 因此放弃了接受访客"，[92] 以及已经对来访者作了细致筛选并对访问本身进行了监视，所有这些事实都没有促动联邦最高法院。由于美国监狱有众所周知的安全问题，因此，联邦最高法院的沃非希案决定也许是正确的。但，这不是一个一些很看重私隐价值的人们作出的决定，并且我很难理解这些人都是怎么想的：他们把沃非希案、尼兹诺兹尼克案、考克斯案以及米勒案中的私隐主张都甩到了一边不管不问，却又认为限制销售和使用避孕用品与对私隐权的正当关照前后不一致。

〔90〕 请看，Carey v. Population Services Int'l, 431 U. S. 678, 691 – 699 (1977)（布南能大法官的意见，大法官斯图尔特、马歇尔和布莱克门加入）。

〔91〕 请看，441 U. S. 页 558。

〔92〕 同上，页 577（大法官马歇尔的反对意见）。

第四编

联邦最高法院与种族歧视

▼
▼
▼

第十二章

歧视问题的法律经济学

从私隐问题转向种族歧视问题，本书也许看起来又一次猛然改变了方向。事实上，这两个问题是紧密相关的。想保护秘密意义上 351
的私隐与想禁止种族以及其他形式的歧视有一个共同的基础，这就是都不愿意对人的判断建立在有关这些人的部分信息之上，无论这些信息是有关他们被捕的记录还是关于他们的种族。本书第 13 和第 14 章讨论联邦最高法院在反向种族歧视和积极补偿行动领域内新近的决定，这是今日反种族歧视政策的最前沿。本章则考察有关歧视问题的经济学和宪法性法律。我提出一种经济学的进路来说明宪法第十四修正案的“州行为”要件是正当的，并对这一要件予以界定，同时我还质疑那些禁止纯私人性歧视的制定法。

有些人不愿同与自身不同的特定种族、宗教或族裔群体联合，为满足这种偏好——这种“歧视口味”——甚至愿意为此付出代价。尽管黑人与白人之间进行贸易，对于那些为白人工作的黑人或为黑人工作的白人来说，对于向黑人出售房屋的白人来说（这就像任何种类的贸易都会有货币性收益一样），会有某些货币性收益；但是这种贸易会给那些不喜欢同其他种族之成员联合的人带来一些非货币的但实实在在的费用。这些费用就类似于国际贸易中的运输费用，并且，与运输费用相似，这些费用减少了贸易的数量以及附

若干贸易的人际联合的数量。[1]

那么，交换减少对涉及的各个群体有什么财富上的影响呢？假定，白人不愿同黑人联合，而黑人对与自己联系的人属于哪个种族
352 并不在意。这样一来，许多白人的收入都会比如果他们没有这种偏好时可能有的收入要低。比方说，如果他们拒绝把自己的住宅出售给那些愿意支付比白人购买者愿意支付的价格更高的黑人，他们就放弃了一些有利的交易。这些白人的种族偏好还会减少黑人的收入，因为这种偏好阻碍了黑人同白人进行有利的交易。然而，这种偏好给黑人造成的收入减少要大于给白人造成的收入减少。因为黑人只是经济中的一小部分，黑人可能同白人进行有利交易的数量要多于白人可能同黑人进行的有利交易之数量。社会中的白人数量很大，乃至于他们实际上可以自给自足；而黑人部分要小得多，并且更多依赖于同白人进行贸易。

在一个无规制的、竞争的市场上，有一些经济力量会起作用，从而使歧视最小化。在一个有许多卖方的市场上，可以预料，人们对黑人抱偏见的强度会很不同。有些买家只会有一种温和的偏见，因此不会像偏见更强的竞争者那样放弃很多同黑人的有利交易。这些买家的费用因此会更低一些，他们在市场上的份额就会增加。最少偏见的买家最终会支配了这个市场。这一点很像是最不怕登高的人最后会占据那些要高空作业的工作职位一样；因为他们对在这种岗位上工作所要求的额外加价更小。

在垄断的情况下，市场是不是还会逐渐被那些最不歧视黑人的厂商占领，这种倾向就不那么强了。一般说来，这个市场上的这个单一买家的偏见程度会同这个社区成员的平均水平一样，而不会是社区中最无偏见的成员。然而，那些可以自由转让的垄断物，例如

---

〔1〕 请看，Gary S. Becker, *The Economic of Discrimination* (2d ed. 1971)。本章这一部分的分析就基于此书。

专利，会趋向于进入那些最没有歧视的人手中。有的垄断的有效率运用要求同黑人联系，但这对一位偏见程度很高的业主不像对那些偏见较低的业主那么有价值，因此，他们会放弃这种有利的交易，因此减少了自己的货币收入，或者，他们会因为进行了这种交易而支付某些非货币费用；这也就是说，无论怎么样，他们都会受损。因此，偏见较小的人一般都会从偏见更多的人手中买进这些垄断。

但是，并不是所有的垄断都是可以自由转让的。此外，如果这种垄断受到了规制，就很容易进一步弱化市场中起作用的反歧视力 353
量。避开利润封顶的方法之一就是用非货币收入替代货币收入，因为规制机关很难控制非货币收益；并且有偏见的人从拒绝同某个少数群体交往中获得的满足就是一种非货币的收入。换言之，当——由于有规制——因歧视而放弃的货币收入小于没有规制时因歧视而放弃的货币收入时，歧视者的歧视成本会更低。[2]

垄断性的工会会损害竞争减少歧视的效力。一个垄断性工会会增加自己工会成员的收入，使他们的收入高于他们从事其他职业时的收入。这种差别会转而引发其他职业的工人都想进入这个工会。但这个工会不可能接受所有的人，因为如果工会增加了劳动力供应，那么它就无法维系自己向雇主提出的要价了。因此，这个工会就会出现成员资格配给的需求。这个工会可以拍卖出现的空位，或者允许其成员出售成员资格（这就是纽约股票交易所填补空位时使用的方法，一直到最近，这个交易所都是一个股票经纪人的卡特尔），或者是采用各种各样的非价格标准，例如任人唯亲或是以种族为标准。通常的做法一直都是用非价格标准，而在白人中，成员资格用得也很广泛。实际上，工会成员获得了他们的一部分垄断利

[2] 请看，Armen A. Alchian& Reuben Kessel, "Competition, Monopoly, and the Pursuit of Money," in *Aspects of Labor Economics: A Conference of the Universities – National Bureau Committee for Economic Research* 157 (Nat. Bur. Econ. Research 1962).

润，形式就是拒绝同他们不喜欢的人交往。在没有垄断性工会的情况下，在工作市场上，那些最没有偏见的工人会有某种优势，这种优势可以同产品市场上最没有偏见的卖家享有的优势相媲美。雇主们无须支付这些工人很高的津贴，就可以让他们同雇主出于效率考虑而想雇佣的黑人雇员一起工作。

因此，支持对垄断者实行利润控制以及支持强有力工会，这样的政府政策也许增加了歧视，比无规制的市场中的歧视程度更高 354
当政府颁布并实施要求种族歧视的法律（美国南方各州曾长期这样做）时，这种影响甚至更大。应当明确，只有当社区中有拒绝同黑人交往的强烈偏好时，才会颁布这种法律。但是，这并不能得出，法律没有给这种私人情感增加什么。也许有少数白人本来几乎没有什么种族歧视的偏好，也许他们不愿承受因公共洗手间、学校以及社区的其他设施实行隔离而带来的代价。一个南方州，如果没有颁布禁止种族混合之公立学校的法律，只要联邦法律许可，那么大多数校区也许还会继续保持学校的种族隔离，但在有些校区内，由于住民不打算为拒绝同黑人联系而支付大量费用，因此，那里就不会继续保持种族隔离的学校。在这样一个州内，歧视的总量就会少一些。

在布朗诉教育委员会案[3]中，联邦最高法院宣告说，依据宪法第十四修正案的同等保护条款，要求和准许公立学校种族隔离是违宪的。联邦最高法院认定，在教育上搞种族隔离本质上就是不平等，因为它向黑人儿童灌输了一种自己低人一等的感觉。这里有一个经济学的理由，也有一个心理学的理由拒绝“隔离但平等”的概念。种族隔离减少了种族之间的交往机会，这种交往对黑人会特别珍贵，因为在这个社会中，白人占据了支配性的经济地位。联邦最

[3] 347 U. S. 483 (1954).

高法院在早先的一个案件斯维特诉培因特案（*Sweatt v. Painter*）[4]中就承认过这一点。在判定州法学院必须接受黑人入学时，联邦最高法院评论说，在一个种族隔离的法学院，黑人学生会没有机会同那些毕业后最有可能在法院和律师界占据重要位置的学生进行职业交往。最高法院拒绝了下面的一个论点，即黑人学生的这种不利被抵消了，因为不能同黑人学生联系对白人学生也不利。最高法院注意到，由于黑人在这一职业内位置孱弱，因此黑白学生的交往对白人学生来说，价值比较小。

355

布朗案受到了一些批评，理由之一是，此案在推进黑人的自由交往的同时否认了白人的交往自由，并且世界上没有可以用来在白人黑人的联系偏好之间作出选择的“中立原则”。[5]但是，经济学的分析提出了一个办法，区分有偏见的白人的联系偏好与无偏见的黑人的联系偏好。因为黑人是经济上的少数群体，白人的偏见给他们带来的成本就会相应地大于这一偏见给白人带来的成本。这不是说，歧视是没有效率的，而是说，歧视有系统的再分配效果，可以用这种效果作为一个中立的、尽管不是财富最大化的反歧视原则的前提。

宪法第十四修正案规定州不得否认其法律的同等保护，并不总是清楚的是，应当把歧视视为州的行为，还是应视为私人行为。也许可以对有州介入的歧视进行三个层面的区分：一部规定了歧视的法律或其他官方行动，某公共企业的歧视性做法，以及州介入了采取歧视做法的私有企业但没有介入其歧视决定。第一和第二层面的州的介入都属于布朗案的范围，但是没有区分。联邦最高法院决定的一个方面就是废除了那些要求在所有州的公立学校实行种族隔离

---

〔4〕 339 U. S. 629 (1950).

〔5〕 请看，Herbert Wechsler, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law," 73 *Harvard Law Review* 1 (1959).

的法律。可以推定这些法律是把人口中更多歧视的那部分人的偏见颁布的，因此造成了比让各公立学校自己决定时更大程度的种族隔
356 离。布朗决定的第二个方面就是废除了各州让地方校区自己选择是否实行种族隔离的州法律。当把是否实行种族隔离都留给各个校区决定时，歧视总量是否会比教育均为私立时的歧视总量有所不同，这一点并不非常清楚；但是很可能，歧视会更多。一个公立学校体系是一个不可转移的垄断（私立教育并不是一个很好的替代，因为不可能剥夺校区的全部垄断权力），并且可以预料，平均说来，不可转移的垄断会比竞争的厂商和可以自由转让的垄断更多歧视。因为大多数政府服务都是不可转让的垄断，因此这一点一般也适用于州的机构。[6]

如果歧视决定都是私人个体或厂商作出的，哪怕是州在某些程度上介入了这些私人的活动，分析就会不同。我认为，这里的问题应当是，州的介入是否要比州没有介入更可能作出歧视的决定。通过规制公用事业或公共交通，州的介入增加了厂商执行歧视政策的可能。在这种情况下，就适用宪法第十四修正案的目的而言，可以把厂商的歧视视为州的行动。然而，当州的介入并不增加歧视之可能时，就没有理由把某个私人的歧视决定都归咎到州的身上。州保持着一个广泛的土地所有权记录体系，并在其他方面也深深卷入了土地使用的规制，但是这些活动都没有增加某个白人住宅业主因不喜欢同黑人交往而拒绝向黑人买家出售自己住宅的可能性。

---

〔6〕这假定的是公共机构的人员都具有该社区的平均歧视偏好。如果该机构为偏见低于社区平均值的人控制，这个机构的歧视也许甚至会低于竞争性市场的程度。你也许会假定，今天的公共机构，特别是在联邦机构，其人员的偏见都要低于平均水平，但是新近一个对卫生、教育和福利部雇员的男女之间和黑人白人之间的工资差别研究发现，政府内部的就业做法并不比私人部门更少偏见。请看，George J. Borjas, "Discrimination in HEW: Is the Doctor Sick or Are the Patients Healthy?;" 21 *Journal of Law and Economics* 97 (1978).

上面的分析提出的并不是一个有关州行动的更狭义的定义，而是一个不同的定义，与法院今天使用的定义不同。这个定义，依据宪法第十四修正案，会支持禁止工会种族歧视，因为那些滋养了垄断性工会出现的政府政策也因此增加了在雇工问题上搞种族歧视的可能。但是这个定义不会禁止办公楼特许权获得者的私人歧视。[7] 只要公共权威部门没有鼓励这位特许权获得者搞歧视就行了。 357

假定，现在州介入的形式是法律实施某私人的歧视决定。可否强制执行种族合约呢？[8] 佐治亚州的梅森城，作为参议员贝森捐献之公园的受托人，是否应服从这一礼赠的种族性条件？[9] 同等保护条款是否不允许那些不喜欢黑人顾客光临的小店主诉诸民事和刑事侵扰的救济？很难说清楚，没有对产权的法律保护，歧视是否会更少？也许会更多，至少在有广泛歧视偏好的社区中，会是如此，因为没有一个受法律保护的产权，就会有更多的经济活动受政治决定的指导，而不是受市场的指导。确实，如果州强制实施一切私人决定，只有歧视性的决定除外，歧视的代价会更高，歧视事件发生率就会更低；但这一点太无关紧要了。这就等于说，如果州不惩罚私人的种族歧视就是一种歧视性的州行动；这种观点实际上废除了州行动这个宪法要件。

应当清楚，在上面提到的限制性合约案和礼赠案中，假定世俗的歧视偏好下降了，那么强制执行某个附带的种族条件，结果会是

〔7〕 如同在，Burton v. Wilmington Parking Authority, 365 U. S. 715 (1961) 案件中显示的那样。

〔8〕 请看，Shelley v. Kraemer, 334 U. S. 1 (1948).

〔9〕 请看，Evans v. Newton, 382 U. S. 296 (1966).

造成更多的歧视，比今天社会诸多成员希望的更多。[10] 但是一个永久性条件的结果究竟是比当代人想的歧视更多还是更少，这纯属
358 偶然。如果世俗的种族歧视是在增加，而不是减少，那么强制实施有种族动机的合约或礼赠限制（例如某个基金会的章程中有个条款宣布该基金会的目的就是要推进种族混合），带来的歧视就有可能比当代人想要的更少。

如果采取了我在此倡导的这种处理州行动要件的进路，对种族歧视的宪法性禁止就得到了正当化——不仅因为歧视有分配性后果（它给少数族裔带来的成本要比给多数族裔带来的成本更大），而且因为歧视性州行动带来的歧视要比自由市场可能带来的歧视更多。但这个理由不能用来正当化那些禁止纯私人歧视的法律。

有些联邦法律禁止不动产销售和租赁、就业以及在餐饮、旅店以及其他公共住宿场合中的种族歧视。最常提出来的正当化理由首先是，这些法律是为消除几个世纪的歧视性立法后果之必须；第二个正当化理由是，这些法律促进了州际贸易。尽管这第二个正当化理由在许多人看来太做作，但这个理由其实在经济学上很有道理。歧视减少了黑人和白人之间的交易，并且这些交易中有许多都会是州际贸易，即使把州际贸易作狭义界定，也是如此。真正令人怀疑的反倒是第一个正当化理由，因为这个理由的范围几乎是无穷无尽的。几乎任何令今天黑人遭受痛苦的剥夺也许都可以部分地归咎到以往的歧视性法律或其他政府政策滋养出来的种族歧视身上。如果黑人儿童在北方学校的成绩平均说来不很好，这也许就是因为传统上黑人受教育的回报一直很低，因为对受过教育的黑人有就业的歧

〔10〕 本书第6和第7章讨论的信息费用也许与解说这种下降有关。这些费用随着时间流逝而下降，对人进行个体化的估量变得日益可行了，因此已经越来越少依赖种族以及其他特征作为对个体特征的粗糙外在代表了。然而不能假定这种歧视之减少是永久的和持续的，信息费用并不是歧视的惟一来源，并且不能假定信息费用将总是并处处在下降。

视的后果；这种歧视也许转而是南方各州的歧视性政府政策影响的结果，因为有许多北方的黑人最初都来自南方。

禁止就业歧视法提出了一些很有意思的问题，与举证、制定法之目的、救济以及有效性有关。一个厂家即使是位于一个黑人人口很多的地区，但这个厂家也许还是没有黑人雇员，究其原因，却与管理上的歧视或白人工人的歧视没有关系。也许这一带没有具有必备训练和能力的黑人，或许是黑人不喜欢这种工作，或许黑人只是不知道这家有工作的机会。如果这其中的任何理由可以操作，就必须决定禁止就业歧视法的目的是否仅仅是要防止歧视，或者是该法是要改善黑人的条件，与种族歧视无关。即使是你认为完全应当进行有利于黑人的再分配，但还是有一些经济学的理由赞同对此法作更狭义的解释。如果强迫某个雇主雇佣一些不合标准的黑人，或是要向这些黑人支付某种津贴从而吸引他们干某些他们并不喜欢干的活，或是要在黑人社区内广为宣传那些没有几个黑人感兴趣的工作，这家厂商的成本就会超出被雇用的黑人得到的收益。不合格的黑人雇员会带来产出损失，而工资更高他也没有弥补这种损失。向那些并不喜欢自己工作的人支付津贴，这对这家厂商来说是一种费用，对这个雇员来说也不是一种收益；这份津贴只是抵消了这个工人工作的非货币化费用而已。在黑人社区广泛宣传工作机会，如果这种宣传不能产生相当数量的合格申请人，那么宣传的成本也许不会给黑人带来相称的收益。由于这种额外成本的主要部分都会转由该厂商的消费者承担，因此，这些改善黑人福利的方法一般都是倒退的，同时费用还很高。

359

即使适用于那些事实上搞了歧视的雇主身上，这些禁止就业歧视的法律的费用也很高。雇主也许不得不向那些有歧视偏好同时在其他无黑人雇员的厂商那里有很诱人的工作机会的白人工人支付更高的工资。如果这些白人工人没有那样的机会，消除歧视也许不会施加货币性费用（根据假说，这些白人工人会别无选择，只能接受

和黑人并肩工作），但是会施加非货币的费用，表现为他不喜欢同黑人交往。并且这些费用也不可能因黑人有了收益而抵消（对这些黑人来说，在这一厂家工作要比其他工作机会更好），也不会因增加了同黑人的贸易进而给该厂家、进而给顾客带来的经济利益所抵消；因为，如果有这样的抵消性收益的话，那么没有这种法律的压力，也可能已经雇佣这些黑人了。

那么在一个已被判定违反了就业歧视法的案件中，什么才是适当的救济呢？如果雇主歧视了黑人，在我看来，就应要求雇主向为他歧视的任何黑人支付损害赔偿（当赔偿金很小时，也许应双倍或三倍赔偿，以便利执行）。这种判决既给付了赔偿，又有镇慑作用，看起来要比要求雇主雇佣规定数量或比例黑人的禁令性救济更为可取。禁令强迫雇主裁减白人工人，或者——其实是一回事——对黑人就业申请者要比对白人更为优待，直到达到禁令规定的配额。这样的禁令为改善黑人工人的条件而给白人雇员（他也许是清白的，并没有歧视）带来了费用，这对白人工人阶层的作用实际是一种任意的并且是累退的税。更重要的是，从这样的法令中获益的许多黑人也许并没有受到该厂家的歧视，而许多受到歧视的黑人也许并没有从这样一个法令中获益。

361 如果雇员同雇主都对这种歧视有责任的话，那么这一分析就变得更复杂了。雇员也许禁止黑人参加他们的工会，或是雇主之所以歧视黑人只因为他的工人有歧视黑人的偏好，而他自己并无这种偏好。在这种情况下，适当的救济就是针对这些工人或工会发出一个损害赔偿判决。禁令救济还是不适用。

到此为止，我的假定都是不论其他后果如何，禁止歧视（不论如何界定）的法律会改善歧视受害人的净福利。但这一点并不确定。例如，对州的公正就业法的一个研究就发现，尽管这些法律确实增加了对黑人工人的需求，但由于规定要求支付给黑人的工资同

白人相同，因此造成了黑人的失业，并且这两种效果相互抵消了。[11]

常常有人敦促说，为了纠正历史上的不正义，应给黑人以优待，比方说，即使是现有的入学标准在评估黑人的学术业绩时并没有偏见，法学院也应为黑人学生设定比白人学生更低的入学标准。这种"反向歧视"受到了抨击，理由是，任何用种族标准来配置负担或收益的做法都违宪；也有人为之辩护，理由是，反向歧视与歧视黑人有根本的不同。这两种歧视真的根本不同吗？要回答这个问题，就要求我们更为深入一点，要看一看在歧视仅是偏好而已这个假定的背后有些什么，要探讨一下歧视发生的诸多原因。

歧视种族或其他群体的可能原因有好些。在某些情况下，恶意和非理性也许是一些因素。歧视有时是反竞争的。在第二次世界大 362
战期间，把加州的日裔住民都关进了集中营，看起来原因之一就是反竞争；有时，歧视则是剥削性的，例如黑人奴隶制；种族是作为一个辨认竞争群体和被剥削群体的一个便利因素进来的。然而，近年来，能够解说歧视的最重要因素也许是信息费用。[12]在一定程度内，种族的或其他某些很难掩盖的特征（性别、口音）与某些不喜欢的特点正相关，或与某些喜欢的特点负相关，因此人们用这些特

[11] 请看，William M. Landes, "The Economics of Fair Employment Laws," 76 *Journal of Political Economy* 507 (1968). 有关反歧视法律之后果的文献，一个概览，请看，Richard Butler & James J. Heckman, "The Government's Impact on the Labor Market Status of Black Americans: A Critical Review," in *Equal Rights and Industrial Relations* 235 (Ind. Rel. Res. Assn. Ser. 1977).

[12] 关于歧视的信息费用理论，请看，Kenneth Arrow, "The Theory of Discrimination," in *Discrimination in Labor Markets* 3, 24 – 26 (Orley Ashenfelter & Albert Rees eds. 1973); Edmund S. Phelps, "The Statistical Theory of Racism and Sexism," 62 *American Economic Review: Papers and Proceedings* 287, 292 – 294 (1973). 至于经验性证据，请看，Richard Sutch & Roger Ransom, "The Ex – Slave in the Post – Bellum South: A Study of the Economic Impact of Racism in a Market environment," 33 *Journal of Economic History* (1973).

征来代表与之相关的更基本的特点，是很理性的。如果经验告诉我（也许不正确）大多数迈锡尼人呼吸大蒜味都很重，那么拒绝加入接受迈锡尼人为成员的俱乐部，我就可以节省信息费用。应当明确，我因此也许会放弃同某些呼吸大蒜味并不重的迈锡尼人的珍贵联系，但是我放弃这些珍贵联系的费用也许要小于更广泛探究迈锡尼人的信息费用。出于这种动机的歧视，就其基本的经济特点来说，与我不喜欢以前购买 X 牌号的牙膏因此不再购买这种牙膏的决定没有什么不同（当然，分配性后果也许有不同），尽管也有可能我下一次购买这种牙膏的经验会好些。就其基本的经济特点而言，这种歧视与用某人的犯罪记录来推断他是否适合作为雇员的信息使用也没有什么差别，这就是我在本书第 9 章中讨论的用外在标记来节省信息费用的一个例子。

许多种族歧视也许是有效率的，这一事实并不意味着种族歧视
363 就是合法的，或应当是合法的。然而，这一点却确实表明，在宪法性案件中有时使用的那种“平衡”进路也许——如果在种族案件中真诚遵循——会导致以效率为理由支持实行种族隔离的许多做法，尽管在这种平衡中已经考虑了分配的后果。换言之，提倡平衡进路的人，确信歧视从来不会持久、因为歧视总是不理性的人，他们也许会大吃一惊。下面两章会进一步讨论这个问题。

▼
▼
▼

第十三章

德方尼斯案以及反向歧视

本章以及下一章将考察三个重要案件。这三个案件都请求联邦最高法院对一些反向歧视和积极补偿行动的规划作出是否合法的判 364
断。其中第一个案件是德方尼斯诉奥德伽德案（*DeFunis v. Odegaard*），[1] 联邦最高法院以“无实际意义”（moot）为由驳回了，因此并没有决定受到挑战的种族规划本身的优劣究竟如何。在下一个巴克诉加利福尼亚大学校务委员会案（*Bakke v. Regents of the University of California*）[2] 中，联邦最高法院撤销了该州的一个反向歧视规划，但是大法官提交的诸多意见中，没有哪个获得了多数大法官的支持。在第三个美国钢铁工人联合会诉韦伯案（*United Steelworkers of America v. Weber*）[3] 中，联邦最高法院认定，依据一个联邦民权制定法而受质疑的某积极补偿行动规划，是合法的，但是联邦最高法院没有决定任何宪法性问题。

德方尼斯案的事实简述如下。马克·德方尼斯申请进入华盛顿大学法学院——一个州的机构——一年级学习，被拒绝了。该法学院的入学程序是，首先，根据申请人的本科成绩以及他的法学院能

〔1〕 416 U. S. 312 (1974).
〔2〕 438 U. S. 265 (1978).
〔3〕 443 U. S. 193 (1979).

力考试（LSAT）成绩，确定他在法学院一年级的预期平均成绩。如果这个预期平均成绩超过一定水平，就自动接受该生。低于这一水平的申请人会被分成两组，一组是黑人、拉美裔人、印第安人或菲律宾人，另一组则是其他的申请人。大约有20%的入学位置会保留给第一组的成员。学校作出了努力，想从各个群体中发现最有前途的成员，但没有进行跨组的资格比较。在受到优待的少数族裔群体中，接收入学的37人中有36人的第一年预期平均成绩低于德方尼斯的第一年预期平均成绩，而德方尼斯是第二组中的一个被拒绝入学的申请人。而为什么要给这四个少数族群体优待呢？公开的目的是要增加这些群体在法学院学生总体中以及在法律职业中的代表。

德方尼斯提出了诉讼，要求向该校发出禁令，以此作为救济；
365 他的指控是，自己因为种族（白人）因素受到了歧视，因此违反了宪法第十四修正案的同等保护条款。初审法院同意了他的请求，并命令接受他进入一年级学习。华盛顿州最高法院推翻了这一决定，[4]但是联邦最高法院大法官道格拉斯命令暂停执行该州最高法院的决定，等待美国联邦最高法院的审查。等到此案向联邦最高法院作出诉讼简报时，德方尼斯已经根据初审法院最后决定前的临时限制性命令被接受入学了，并且已经是最后一年在校了，因此代表华盛顿大学的律师建议联邦最高法院，不论诉讼最后结果如何，都允许德方尼斯完成这一年学业。正是基于这一点，联邦最高法院判定，此案已经无实际意义了。大法官道格拉斯则提交了一个独自的意见，宣称种族优待违宪；但就此案而言，他认为，应就法学院能力测验是否歧视了处于不利位置的少数群体成员的问题发回重审。

---

〔4〕 82 Wash. 2d 11, 507 P. 2d 1169 (1973).

反向歧视的情理

对华盛顿大学法学院采用的反向歧视做法，可以提出哪些支持的理由呢？〔5〕

1．大法官道格拉斯说，对处于不利地位的少数群体成员来说，法学院成绩的常规预测指标不准确。这种猜测显然没有根据，〔6〕 366
但如果这就是华盛顿大学法学院入学程序的理由（其实不是）的话，那么此案就不是一个种族优待的案件了。

2．支持入学问题上的种族优待的一个很流行的根据是，希望增加学生总人数中的多样性，以便提升学生教育经验的质量。代表哈佛大学提交的一份法院之友诉讼摘要就提出了这样一个理由，尽管这不是华盛顿大学法学院入学优待的理由，并且也不会把它的政

〔5〕 对反向歧视问题的一个有先见之明的讨论，请看，John Kaplan，"Equal Justice in an Unequal World：Equality for the Negro－The Problem of Special Treatment，" 61 *Northwest University Law Review* 363（1966）．对这一章之论点的深思熟虑的批评，请看，Terrance Sandalow，"Racial Preferences in Higher Education：Political Responsibility and the Judicial Role，" 42 *University of Chicago Law Review* 653（1975）．

〔6〕 请看，John Hart Ely，"The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination，" 41 *University of Chicago Law Review* 723，725－726 n．22（1974）．道格拉斯大法官论点的不同说法，在他的司法意见中也提出来，这就是，即使常规标准对少数群体成员的学术成绩之预测会同对其他人的预测一样精确，这些标准也不能同样好地预测他们（毕业后）作为律师对于社会之贡献的价值。这样一个论点也许就隐含在华盛顿大学法学院明确表达的支持优待招生政策的根据中——增加法律职业中少数群体成员的比例。我在后面会讨论这一点，它是对用来支持优待少数群体的代表不足论点的更一般性考虑的一部分。

策正当化。[7]

要让这个多样化的论点令人信服，就必须分辨出一个与教育经验相关的区分因素。没有人会论辩说，在挑选一年级学生时，法学院应当努力追求学生身高、体重、漂亮、身姿、声音或血压的多样性，或是论辩说，应当优先（或推后）考虑白化病患者，或长雀斑的人，或双下巴的人。这些身体表面的多样性对学生的法学教育没有贡献。在这个意义上，种族本身，即与那些也许强烈关联但并不总是相伴的特点完全分离的种族本身，与多样性也是无关的。世界上有些黑人（以及拉美裔人、菲律宾人等）与白人只有最表面的身
367 体差别，他们在偏好、举止、经验、态度以及追求上也许同可参照的白人（在这里，法学院的白人申请人）完全相同。给予这些人优待，以此来增加学生总体的多样性，这就等于优待白化病患者；只是种族常常与其他特征相关联（这些特征都可以辩论说与有意义的多样性相关），但白化病则不相关联。一般的申请入学的黑人要比一般的白人更可能对偏见有亲身体验，而他的经验，如果在课堂内外传达给同学（以及教师），也许会丰富教育的过程。用种族标记来决定招生会带来某些不准确，可能会招收某些其特征并不有助于真正多样性的黑人，[8]但是使用种族标记的代价也许会低于因必须调查每个申请人实际特点而节省的费用。

对这一进路的反对意见是，这一进路与“可以歧视少数族裔，因为这种做法一般说来很有效率”的理由非常相似，并可以看成是

---

〔7〕华盛顿大学法学院设定了招收20%的少数群体的目标，这大致相当于美国总人口中这四个受优待少数群体的比例。在追求比例性代表少数群体与为不可能单独以学术前途为根据进校的少数群体成员提供某些代表来强化教育经验的质量之间几乎没有什么联系。

〔8〕因此，哈佛大学的诉讼摘要把“少数群体地位”描述为“一种有用尽管并不总是可靠的标记，它可以反映某种特别的社会、经济或文化背景”。Brief of Harvard University as *Amicus Curiae*, DeFunis v. Odegaard, 页28；又请看，页14，16

赋予了这种理由以合法性。请回想一下上一章对“统计学上的”歧视之分析，假定某个具体的种族或族裔身份是同一些特点相关联的（这些特点普遍不讨人喜欢，原因却不是强烈剥削性的、反竞争的或非理性的）。某个群体的成员中也许有相当一部分人爱吵爱闹、很穷、[9]敌视他人、不负责任、欠缺教育、[10]非常暴躁，或举止不当，或其偏好、价值以及工作习惯与我们不同，或说的方言难懂。[11]回避同一个有这些特点的个体交往（居住、娱乐、上学或就业），一般不认为是有偏见的标志。“有偏见”意味的更多是，由 368
于某个种族的或某个群体的成员通常或经常具有一些专断的特征，因此就认定该群体的所有成员都有这些特点，完全不考虑某个个体成员是否具有那一特点，有时甚至不愿考虑他没有这一特点的证据。[12]

一项反对敌视性歧视的政策可以因一项根植于类似思维习惯的仁慈的歧视项目而受到破坏，这种项目用种族和族裔来源设立一个假定，并且在种族优待项目中设立一个结论性假定，即某个个体具有某些特征，也就是具有某些与教育相关的特点，例如受剥夺的背

〔9〕贫困是不被希望有的特点的另一个外在标志。有些穷人（大学学生、神职人员以及破产者就是一些例子）就没法主要因为他们穷而不是因为社会或文化差别而同一些非穷人区分开来。

〔10〕关于黑人相对于白人在教育上的成就，请看，James S. Coleman et al., *Equality of Educational Opportunity*, 20－21, 217－233 (1966).

〔11〕当然，实际具有这些不让人喜欢的特点的种族或族裔群体的比例也许被夸大了，因为要获得有关一般人的特点的精确信息，成本可能太高了。

〔12〕在这个意义上的“专断的特点”是这样一些特点，它们的惟一意义就是作为其他某些特点的外在标志。某人因反感矮子而不喜欢矮子，这并不是偏见；某人因认为矮子一般都个性太强而不喜欢矮子，这则是偏见的一个例子，因为事实上并非所有矮子都有这种性格。

一个形式极端的偏见，与我在此的讨论无关，是因某些人实际上通常并不具有的特点而讨厌这些人。这种歧视只要同受歧视者交往就会有效摆平。我认为更为常见的是“理性的偏见”，至少在今天，这种偏见会由于交往增降而强化。

景或某种文化的差别。这里的危险增大了，因为敌视的和好心的歧视者似乎都把种族当作一个标志，代表的都是同样的一些特点。大学的招生官员把一些特点同“黑人”联系起来了，这些特点是许多生长在城市贫民窟或生长在南方农村的黑人的突出文化特征，但这也是白人偏见者认定每个黑人身上都有的特点，尽管白人偏见者的用语不同（例如，“懒惰”而不是“没有动力”）。

让我们考虑一下实际贯彻的种族优待政策的某些特点，就强化了下面的论点，即反向歧视同种族偏见很相似，并在一定方面把这
369 种偏见合法化了。要实施这样一个政策，你需要有有关优待群体成员的操作定义，因为你不可能依赖申请人自己来正确地把自己分类。这种正确的种族分类不总是很明显的；并且由于好处都附着于具体种族群体的成员资格，因此申请人都有激励因素来谎报自己的种族。因此，招生官员就面临了一些问题，决定哪些因素才构成了某个种族群体的成员资格，并要求提出适当的证据证明申请人属于该种族。[12] 就黑人的情况来说，必须要确定那些主张自己应获得黑人优待的人必须有多少比例的尼格罗人血统。具体到拉美裔人，也会出现额外的定义问题以及证据问题。如果墨西哥总统同一位美国妇女结婚了，生了一个孩子，在美国养大，这个孩子是拉美裔人吗？或是这个术语隐含了要同拉美裔人居住区有某些联系？就证据来说，拉美裔人在身体外观上不像黑人那么突出；有或者没有西班牙姓氏也并不是一个决定性证据。波多黎各人、西班牙人以及非墨西哥人的拉美人也都有西班牙姓氏；并且，一位拉美裔人也许是一位拉美裔妇女同一位非拉美裔男子生的。类似的问题也存在于美国

[12] 关于仁慈的种族优待规划带来的种族分类问题，有一个很好的讨论，请看，Boris I. Bittker, *The Case for Black Reparations*, ch. 10 (1973)。根据德方尼斯案的记录，华盛顿大学使用了自我分类法。但是从长期来看，这可能不是一个能坚持下去的政策，因为这完全依赖于申请人本人是否诚实。

印第安人身上。许多不被当作印第安人的美国人都有某些印第安血统，或者有一个很突出的印第安人名字。当然，可以避开这个问题，即把对印第安人的优待限制在保留地的印第安人，但会很难向那些离开保留地并在外面调整生活遇到了很大困难的印第安人说明这种限制的正当性。解决这类问题的一个办法就是把某个申请人是否有权获得优待的决定权委托给申请人主张自己所属的那个少数群体的学生会行使（例如黑人学生联合会），但在这样一个过程中，很显然有严重滥权的危险。[14]

我的观点并不是在招生中贯彻种族优待项目会遇到管理问题，[15] 由此而来会有费用问题，因此就应决定性地拒绝采用这些 370
项目。定义和证据的问题与目前的讨论都有关，因为这些问题例证了种族或族裔身份本身与这一身份代表的相关特点之间是有区别的。假定有这样一个家庭，它只有很少很少的尼格罗人血统，只要压制所有可能透露出其"真实"身份的文化特征，已经可以视为白

[14] 这些组织也许会以一个个体对该组织的政治目标的信奉程度来界定该群体的成员，而不是用"客观的"（谱系的）因素来界定。这就提出了一个德方尼斯案也许可以提出但没有提出的问题。显然他本来可以比较有力地论辩说，华盛顿大学法学院的招生委员会，特别是其学生成员，优待了有左翼或自由派说词的政治积极分子；州机构的这种处理违反了宪法第一修正案；并且论辩说，德方尼斯受到了这种偏好的伤害，因为他不是政治活动分子。华盛顿州最高法院自派大法官黑尔（Hale）的反对意见回顾了也许会支持这一论点的一些证据。82 Wash. 2d 11, 55 - 56, 507 P. 2d 1169, 1194 (1973)。德方尼斯确实论辩了，这一招生程序是专断的（正是在评价这一论点时，黑尔讨论了受质疑的证据），但是他没有提出宪法第一修正案的主张，他也没有把对招收程序专断的质疑送上联邦最高法院。

[15] 有些问题是该大学自己造成的。例如，有些美国印第安人不喜欢这样称呼他们；他们更喜欢"本地美国人"的说法。出于尊重他们的敏感（而没有顾忌到其他本地出生的美国人也许会认为印第安人自行其是地试图占用这个词），对印第安人有招生优待政策的大学在自己的招生表中就有一栏，申请人可以在"本地美国人"上打钩。许多出生在美国的非印第安裔美国人都会在这一栏打钩，而不知道这一术语是限于印第安人的。因此，只要一个申请人在这一栏打了钩，该大学就会给他挂有发一封信，询问他是否一位美国印第安人。

人而且也已经被当成了白人。这个家庭有了一个孩子，是当作白人养大的，但他也知道自己有某些尼格罗祖先的成份。在申请进法学院时，他主张自己作为一个黑人有权享有优待。应当接受他的主张吗？如果接受，那么法学院的行动就好像是某个乡间俱乐部决定拒绝接受某人作为成员一样，惟一的理由就是该俱乐部不接受黑人。如果招生委员采取的立场是，有一个黑人的老祖宗"就构成了一个差别"，如果只把这一点作为行政的便利问题，那么又有什么理由批评基于同样的理由得出同样结论的这个乡村俱乐部呢（或雇主和学校董事会呢）？

另一点是，用种族作为被认为与受教育经验相关之特点的外在
371 代表，这会导致歧视那些具有这些特征但没有这种种族身份的人。假定德方尼斯是一个阿帕拉契亚山脉地区的白人，他曾经遇到过并征服了比一部分以种族为根据而受到优待的申请人所遇到的更大的经济和文化阻碍才获得了教育，并准备以律师为自己的职业。[16] 学校还是有可能有正当理由地把他排除在受优待群体之外，理由是管理上的便利，诉诸的是这样的一个假定：××在受优待的群体中处于不利地位的个体所占的比例要大于白人申请人。但是，在这种情况下遵守管理费用的限制，结果就会是系统性歧视在白人多数群体内处于不利位置的次群体，而最好的理由也不过是这个群体缺乏用来决定有权享受优待之管理便利的某个种族或族裔的特点。

就像德方尼斯案本身一样，当种族偏好的基础是希望增加黑人律师的数量，很明显这样他们就会在比例上大致等于白人律师之数

---

〔16〕 大多数美国穷人都是白人。请看，U. S. Dept of Commerce, Bureau of the Census, 1970 *Census of Population – Subject Reports – Low – Income Population* 53, 61 (1973)。并且一般说来处于不利地位的少数群体的大多数成员并不贫穷。请看，U. S. Dept of Commerce, Bureau of the Census, *U. S. Census of Population: 1970 – Detailed Characteristics*, tabs. 250, 347 (1973)。事实上，人们会预料少数群体的这些非穷人成员相对于他们群体中的穷成员来说，在法学院以及其他大学的申请人中会有过量的代表。

量时，我讨论的这种多样化的理由都垮掉了。但是还有其他几个可能的理由：弥补往昔的歧视，让那些少数群体回到如果没有歧视施加的障碍他们可能所在的位置；改善该群体接受的职业服务水平；以及通过为这个群体提供适当的模范人物，鼓励该群体成员的追求。现在必须考虑一下这些理由。

3．“弥补过去”的理由不具说服力，因为受到优待的少数群体成员常常不是歧视受害者，而那些因优待而被排除在外的非少数群体之成员也不大可能是歧视者，或者他们在任何可以证明的意义上从这种歧视中获益了[17]。对印第安人的弥补也许是另一种情况，根据条约的（相当于合同的）义务；还可以区分的是用种族定额制作为法院令的一部分，以救济非法歧视。 372

4．许多群体在不同职业中都代表不足，原因有偏好、机会和能力，却与歧视无关。没有根据假定说，如果没有以往的歧视，这四个受华盛顿大学法学院优待的少数群体就会提供全国20%的律师。

5．没有证据证明有多少数量或多大比例的少数群体法学院毕业生的职业生涯会努力为他们少数群体的特别利益服务，而不遵循

---

〔17〕你可以花费许多毫无收益的时间来讨论德方尼斯是否因美国历史上的种族歧视而改善了或更糟了。也许他改善了，因为如果没有那段歧视的历史，就会有更大一群合格的黑人申请上法学院。也许他变糟了，因为，如果没有那段历史，就只有更少的黑人（以及其他少数群体成员）会对当律师感兴趣。或许，如果从来没有对黑人的歧视，那么美国就从来不会有奴隶制，而没有奴隶制，就有可能，确实很可能，美国的黑人总量就不会很多，在那种情况下，白人的实际收入也许会比现状更高一些或更低。

职业进展的常规格局。[18]

6."模范人物"的论点同样强调了特例，并且是猜测性的。只要是有相当数量的少数群体成员进入了法律职业界并获得了成功
373 (毕竟联邦最高法院的一位大法官就是黑人)，其他人就会知道这个职业对他们不是封闭的，并没有强有力的需要按比例代表。[19]

支撑理由3到6的缺乏代表性论点的最后逻辑就是，在每个可欲的职业中，以及在这个职业内的每个成就阶上，各个少数种族和族裔群体成员的比例都应当提升到与这一群体在总人口(无论是整个民族，或者，在某些说法中，是某些地区或地方的总人口)中的比例相等。主张种族比例代表的人还没有敦促采取完全的比例平等标准，但是看起来，在他们论证的结构中，并没有其他的逻辑中止点。他们作出的安慰性保证说，积极补偿行动只是转型时期所要求的，在转型后的社会，积极补偿行动将清除一切歧视的残余，社会可以恢复与肤色无关的政策；即使真的如此，情况也是一样的。如

---

[18] 那些论辩认为这些少数群体会为自己群体服务的人，有表述这一论点时很小心，他们不想因事实而断愧。因此，德方尼斯案中的法律教育机会理事会提交的专家摘要说(第24页)："由于在这些社会经济上处于不利的领域内对法律服务有最大需求，因此优待这些领域的学生也许可以得到正当化，即相信这些学生毕业后会回到他们的社区(即使他们没有回去，也还是有重要价值，例如律师界的多样化以及为历史上代表不足的群体的年轻成员提供了'模范人物'。因此无须决心回原来社区的证明才能表明这种优待是正当的。)"

[19] 任何人，如果认真对待这种模范人物的论点，都会希望少数群体在职业中的代表与他们在总人口中的比例成反比。假定印第各人(这以及下面将提到的阿特马里安人均为作者杜撰的民族——译者)在总人口中的比例是10%，而阿特马里安人只有1%。如果印第各人律师的比例升到了10%，为印第各年轻人提供了足够的模范，阿特马里安人律师的比例也应当升到10%，因为只有这样，阿特马里安的年轻人才能看到自己族裔的模范人物。(如果只有1%的律师是阿特马里安人，那么年轻的阿特马里安人就会很少听到或碰到担任联邦法院法官的或其他突出位置的阿特马里安律师。)相反，如果用比例代表的方式来满足阿特马里安人的模范人物需要，那么，如果这个国家的律师有1%是印第各人，印第各人对于模范人物的需要就同样可以得到满足了。

果职业偏好和能力不是跨种族和族裔群体随机分布的，那么政府对劳动力市场的干预（以及在教育影响职业选择和成功的程度内对教育过程的干预）就不得不继续下去，以保证可欲职业内的比例平等。这种干预会扭曲劳动力配置，并在个体的优劣与经济和职业成功之间打进一个楔子，因此损害了一个自由社会所依赖的激励因素。

代表不足的论点还有一个表面看来很诱人的变种，这就是在目前阶段，对少数群体律师的需求要大于对白人律师的需求，因为少 374
数群体成员对法律代理有特别的需求，也因为他们偏好由自己群体的成员来代表他们。因此，在招生上应当给他们优待。但是，要接受这种论点，就得再一次全面接受支持我们不喜欢的那种种族和族裔歧视的智识根据，因为这种歧视要证明排除某个比其他白人申请者的学术前景更广大的单个黑人是正当的，而理由就是偏见或其他因素会限制这个黑人可能给予这个职业的贡献。[20]

---

〔20〕　一个类型相似的论点会是，在法学院招生问题上，对妇女应当比对男子稍稍不优待一点，因为女性律师平均在世间所挣的钱要比男性律师低。请看，U. S. Dept. of Commerce, Bureau of the Census, *U. S. Census of Population 1970 — Occupational Characteristics* 280, 282 (1973)。因此，人们可以论辩说，对男性律师的需求要大于对女性律师的需求。如果把进入法学院学习的位置都简单地拍卖给最高的叫价者，这样一个论点不会令人信服。这时，这个班级就会由那些最看重法学院教育之价值的人组成，而这种价值都受到未来挣钱多少的影响。但是，当这些位置不是由价格来分配，有没有反对歧视的私人或公共政策的情况下，按照法学院对每个人可能从入学中所获价值的判定来授予这些位置就很合适。当然，这个价值也许会受到对申请人的种族歧视或性别歧视的影响。

这种论点的另一种说法出现在法律教育机会理事会的专家摘要中，这个委员会对那些处于不利地位的少数群体成员进行初步的法律训练。这份摘要说（页 23－24），法律教育机会理事会的毕业生"每年都从一份额外的有保证的津贴开始，其他还有各种奖学金、贷款和上学基金，都由该校提供。有许多其他申请人都带着沉重的财政需求进入了法学院，而且这种压力会减轻的前景并不大。招生委员会也许会合乎情理地结论认为，一位受到这种帮助的少数群体的学生，要比没有这种财政帮助的非少数群体的学生更适合承担风险。"换言之，可以优待一位更有钱的申请人，因为他比那些比较穷的申请人更少可能因沉重的财政需求而在学习上分心。

宪法性问题

当华盛顿大学法学院确立一个种族优待的招生项目时，它是否否弃了白人的同等保护呢？约翰·伊利（John Ely）对这个问题的回
375 答是否定的。他承认，一项政策，无论是否有优待，都可能仅仅因为人们认为个体化处理的成本高于其收益而被采纳。但是他论辩说，当某个种族群体的成员们，诸如某州立法机关的白人多数派，在对提出的歧视另一种族群体的成本和收益进行评价时，这种比较有可能因有意无意的种族敌视而被扭曲。[21] 因此对一个少数种族不利的区别对待，依据宪法第十四修正案，应当是可疑的，但是有利于某个少数群体的区别对待则不应是可疑的，因为这里不涉及多数剥削少数的危险。

但这个论点事实上为对种族少数的不利区别对待提供了一个正当化的模式。假定邮电部能够非常令人信服地——乃至于可以反驳任何种族敌视的推论——证明，平均说来，黑人比白人担任监管职位的能力更低，如果邮政体系监管不足会付出非常巨大的代价，若进行必要的、为确认某黑人个体是否具备能力的考察，费用（相对于发现合格黑人的概率来说）也很巨大，那么根据伊利的分析，就会得出，邮电部可以采用一个禁止黑人担任监管职位的规则。伊利只谴责了没有效率的歧视，因此他大大裁减了同等保护条款的范围，因为，如果我不错，当代社会中的大多数歧视都是信息费用太高的结果，而不是非理性、剥削或压制竞争的结果。

罗纳德·德沃金提出了一个不同的论点，支持对歧视黑人与对

---

[21] Ely，前注[6]，页729，732－733。

歧视白人作不同处理，这个论点的基础是他的“外在偏好”概念。[22] 他认为，把所有的种族分类都列为非法是错误的，因为各种论点，无论功利主义的，还是还是他称之为“理想的”，都可以 376
用来支持种族分类；他注意到，这两种论点都是反向歧视主张者提出来的　他承认功利主义的论点可以用来支持歧视黑人，但这些论点，他说，只关系到外在偏好　他问道，在斯维特诉培因特案（*Sweatt v. Painter*）（上一章讨论过）中，德克萨斯大学法学院招生委员会会提出什么样的论点来为不招收黑人正当化呢？他回答说，这个委员会，“尽管是由一些本人并无歧视的男子和女子组成的，但［也许还是］决定认为，德克萨斯州的经济需要有更多的白人律师，多于他们可以教育出来的总人数，但是完全找不到黑人律师的用途”，或他们会回答说“如果招收一名黑人学生，校友给法学院的捐赠就会大幅下降”。[23] 与那些支持反向歧视的正当化理由不同，这些正当化的理由都根植于外在偏好（德克萨斯人对黑人的偏见，这种偏见减少了对黑人律师的需求，并会阻碍校友对招收黑人的法学院的捐赠）；因此，德沃金论辩说，在宪法性分析中，不应当考虑这种外在偏好。

德沃金进一步论辩说，以智识为根据招收申请人与以外在偏好为招生政策正当化的罪过是不同的。但是这一论点表明，德沃金不了解歧视的经济学理论和统计学理论。[24] 这种理论认为，人们之所以以种族、性别或智商为根据进行歧视，只是因为这都是他们感兴趣的一些基本个人特点的最便利的外在标志。德克萨斯大学法学院招生委员会因此也许可以使用类似的论点不招收黑人，就像他们也

---

〔22〕 请看，Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, ch. 9 (1977)；以及本书的第3章。

〔23〕 同上，页230。

〔24〕 并不是只有他忽略了这一点，请看，例如，Jay Newman, "Prejudice as Prejudgment," 90 *Ethics* 47 (1979)。

许会用这种论点不招收 LSAT 成绩低于 600 分的申请人一样，并且这不是一种基于外在偏好的论点

那么，应如何解决德方尼斯案中的宪法性问题呢？要构建一条支持区别对待的宪法规则，一种极端的进路是完全受宪法第十四修
377 正案创制者明确表达的意图指导。如果是这样确定这一修正案的范围，德方尼斯案就没有立足之地。在高等教育机构招生上歧视白人，在宪法第十四修正案的创制者看来，会相当奇怪，因此我们可以确信，他们不可能有意建立这样一种宪法性的歧视性障碍。但是，也很清楚，这些创制者们也不会想到这一修正案会强求在公立教育机构中平等对待黑人。[25]不管怎么说，对宪法规定的这种解释进路都不成立。由于修改美国宪法的成本很高，因此这就要求对宪法规定作宽泛自由的解释，[26]不应需要一个新的宪法修正案来防止州对黑人施加一些宪法第十四修正案创制者根本不知道的歧视。

相反的极端会把同等保护条款视为一种授权，授权联邦最高法院大法官们把他们对有关社会问题（例如贫困、种族歧视以及性别平等）的个人价值颁定为宪法性教义。已经有其他人做了强有力的论证，反对联邦最高法院扮演这样一个超级立法机关的角色，[27]因此我也就不讨论这一进路了。

中间的进路是，从宪法创制者的具体目的中抽取一个足够精确和客观的规则，它可以限制法官运用个人意愿和偏好，同时也足够的概括，因此可以避免不断诉诸宪法修正程序。这个规则会是这样，政府不许以种族和族裔的理由分配收益和费用。尽管依据种族

---

[25] 请看，Alexander M. Bickel, "The Original Understanding and the Segregation Decision," 68 *Harvard Law Review* 1 (1955).

[26] 请看，Isaac Ehrlich & Richard A. Posner, "An Economic Analysis of Legal Rule-making" 3 *Journal of Legal Studies* 257, 280 (1974).

[27] 特别请看被人忽视的鲍克的贡献，Robert H. Bork, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems," 47 *Indiana Law Journal* 1 (1971).

或族裔来源对人进行分类也许常常会很有效率，因为对于功能型分类来说，种族和族裔身份也许是一个很好的外在标志，但是以效率作为政府在这种语境中行动的基础还是被人们拒绝了。如果像伊利教授愿意的那样以效率作为允许歧视的正当理由，不仅会因允许许多——或许是大多数——歧视继续存在而挫败同等保护条款的目的，而且会赋予法官根据他个人的价值挑选歧视性措施的权力，因为据量相关的成本和收益在很大程度上不可避免地会是主观的。

有人也许会拒绝我提出的这个原则，认为这一原则本身就是主观、专断的，因为只有种族和族裔来源受制于这一原则，而不是所有不可改变的或非自愿的、被用作外在标志的特点都受制于这一原 378
则。身高、年纪、性别以及低智商就是一些不可改变的特点，并被政府用作规制的标准；[28] 那么，在什么客观基础上可以把这些特点同家族谱系区分开来呢？首先，如果是从一切非自愿性特点的方面来界定这一宪法原则的话，就会违反一个宪法原则应当约束法官这样一个要件。由于没有人能论辩说，永远也不应用任何非自愿特点作为公共规制的标准，因此这一原则就会给解释这一原则的法官一种便利行事权，在由某个不可改变的特点界定的各群体之间内进行挑选。其次，种族和族裔的差别一般都要小于——从一种绩效和功能的立场上看——性别和年龄的差别。一个规则禁止黑人在矿山工作，另一个规则禁止妇女在矿山工作，还有一个禁止儿童在矿山工作，这也许都是歧视性的规则，但是要认为它们都一样，一定非常难。相比之下，要把一个禁止拉美裔、犹太、印第安或意大利裔美国人在矿山工作的规则同一个禁止黑人在矿山工作的规则区分开

[28] 人们并不珍视智商本身，它只是作为预测学术或其他某些类型的智识表现的一种标志（仅仅是部分的准确）时才为人们珍视

来，则非常困难。[29]

还有一个问题要考虑，这就是，当歧视可以说是有利于少数种族或族裔，并且受到歧视的种族是白人时，是否应当承认这样一个
379 禁止基于种族或族裔理由的歧视规则的例外。这样一个例外会要求法律不仅考虑这里是否有歧视，而且要决定这种歧视是否有助于或是伤害了某个特定的种族群体，并且要掂量一下不同群体的相互竞争的主张。这些额外的探究会使这一原则失去精确性和客观性。在布朗案件中，联邦最高法院面前并没有很好的证据表明种族隔离的教育事实上伤害了黑人。甚至没有人问对于这一点非常重要的问题：在一个没有公共教育的体制下，黑人是否会生活更好一些（假定白人更情愿要一个没有公共教育的体系，而不愿要一个种族混同的公共教育体系的话）？在一个学生按照智商分类的体系中又会如何？在按照家庭收入的分类体系中呢？在后来的一些案件中，联邦最高法院不再问，种族隔离是否实际上伤害了黑人。（今天，有些黑人则赞同种族隔离。）很长时间以来，就有人论辩说，对黑人的某些类型的限制，例如“仁慈的”住宅配额制，实际上有利于黑人。[30] 支持这类限制的这些论点，尽管都很不坚实，但比起联邦最高法院接受的、在一些非种族领域中支持受同等保护条款质疑的州行动的许多论点都不弱。对名义上有利于少数种族群体之区别对待如何恰当概括，这样的一些论点同样很不坚实。难道美国白人的立场真的牢靠得无懈可击，乃至种族配额也不能伤害他们吗？或者说，难道这种配额的影响不可能集中在白人多数中某个具体的并且很容易受伤害的次群体吗？种族配额是否实际帮助了那些意在其获

---

[29] 在颁布宪法第十四修正案期间的国会辩论表明创制者们意识到，对黑人之外其他种族/族裔群体——例如，华人——也不能否认这种保护。请看，Alfred Avins, *The Reconstruction Amendments Debates* 746 (1967) 索引中的参引文献。

[30] 请看，Bruce L. Ackerman, "Integration for Subsidized Housing and the Question of Racial Occupancy Controls," 26 *Stanford Law Review* 245 (1974)，提出了这一立场。

益的少数群体呢？或者是伤害了他们——因为这伤害了他们的自尊，或因为这种做法把有关种族的偏化思想合法化了？在颁布了歧视白人之措施的政治居住区内，当白人是少数群体时，他们是否有权主张少数群体的地位？如果可以，那么，根据类似的推理，在黑人占了有资格投票总人口的多数的城市中，例如新泽西州纽阿克（Newark）或华盛顿特区或其他的城市，黑人是否就没有理由指责该城颁布的歧视他们的法令呢？

不应当用种族或族裔标准决定政府收益和负担之分配，对于这样一个原则，我已经准备承认一个较小的限定。假定一个监狱决定 380
按照种族来隔离囚犯，不是用作一种优待或排斥的方法，而只是要减少因黑人与白人囚犯间的种族敌对带来的暴力。如果每一个囚犯都满意这种分离，这一措施是否合宪的问题就没有实际意义。但是，如果有一个黑人囚徒，比方说，为了任何原因而情愿同白人混在一起，那么它就是一个以种族为基础的被排斥的受害者，并且原则上说，他的立场与希望孩子能够进入种族混合学校的父亲的立场没有什么不同。在一些具体情况下种族排斥对于两个种族是否都不会有更高的收益，这样提问就是听任异想天开的经验猜测来自由处置反种族歧视的原则，并因此让法官自由地把他个人的价值确定为宪法教义。尽管如此，如果监狱里爆发了种族骚乱，就应当许可狱警们把不同种族的人隔离开来，以便把流血降到最低限。但是，承认反种族歧视原则必须有安全阀，[31]与把种族仅仅当做一个“可疑的”分类并不是一回事。

我所拒绝的那种极端的安全阀论点是这样的，优待黑人以及其

[31] 因此，联邦最高法院当时不得不考虑第二次世界大战期间政府支持对加利福尼亚州的日裔居民实现宵禁，并把他们关进集中营的诸多论点，尽管最高法院对这些论点看得太重了，请看，Hirabayashi v. United States, 320 U. S. 81 (1943); Korematsu v. United States, 323 U. S. 214 (1944).

他好斗的少数群体是白人多数派为了避免动乱和暴力而必须支付的价格，在这一点上，20世纪60年代的种族骚乱也许仅仅是一个征
381 兆。尽管大学管理者对自己的招生优待政策提出的正当理由都是要增加多样性，要纠正历史上的不公正，诸如此类，但私下里，他们许多人都承认采纳这些政策的支配性因素就是要安抚好斗的学生。

担心某个少数群体有可能通过暴力或其他手段给多数人带来代价，这是否一个恰当的——尽管是一个说不出口的——优待少数群体的正当理由呢？答案部分取决于你对政治过程的看法。联邦最高法院表达的观点是（也许这是它依赖立法部门之善意所决定的），政治过程是一个真诚努力推进效率、正义或是对公共物品的其他同样具概括性概念的过程。按照这种“公共利益”理论，敲诈并不是立法或其他政府行动的一个充分理由。[32]然而，就像前几章提到的，这种政府行动的公共利益理论如今受到抨击，因为它没有很好的分析基础，并且与人们对政府政策和项目的实际感受也不一致。其中有许多政策和项目最好是解释为利益群体间权力斗争的结果，只不过披上了一块公共利益词藻的外衣作为遮羞布。

如果对政治过程的这一描述是正确的，当然也不是每个结果都如此，但这是一个重要的或许是中心的趋势；如果真诚且现实地予以评价，就会发现许多、或许是大多数制定法都没有任何真实的公共利益根据。事实上，这个政治过程的结果会被认为主要是由歧视（指的是把财富以这种或那种形式从一个群体那里再分配给另一个群体）构成的，其基础是一个群体有更大的能力操纵这一政治过

[32] 参见，Cooper v. Aaron, 358 U. S. 1, 21 - 22 (1958)。但请参见，NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp., 301 U. S. 1, 41 - 43 (1937)。

程，而不是任何正义或效率的原则[133]然而如果要谴责一个民主（或许是任何）政治体制最典型的成果是违宪的，那也会让人有点奇怪。

关于这一政治过程的新现实主义要求对宪法法院的作用重新进行一次考察。如果我们的政府确实就是一个权力和利益构成的政府，而不是普遍福利最大化的政府，并且如果这个格局是我们社会不可避免的、或许说到底还是一个可欲的特点（无偏私的追求公共利益也许会激起一些强有力群体起来革命，这些群体会因为这种追 383

---

[133] 伊利教授曾试图以多数群体是歧视自身还是歧视少数群体为根据来区分可疑和不可疑的分类，这种政府过程的观点对他是一个打击。请看，Ely，前注[16]，页733。许多立法，或者说大多数立法，无论是种族的还是其他的，都是社区中某个群体以另一个群体为代价来推进自己群体的利益的努力。因此，如果伊利在运用他的原则上始终如一，他就会不得不结论认为，大多数立法都是可疑的，因此应当接受法院的仔细审查，而这是法院无法承受的。伊利确实提出，有种族的立法歧视与其他类型的立法歧视之间有一个差别，这就是白人立法者不大可能完全意识到自己对黑人有偏见，而不会有什么东西阻碍他看到为牛奶确定最低价的法律会把财富从牛奶消费者手中转移到生产者手中，而与此同时会降低了农业市场的效率。同上，页733，注[44]。但是这种未遂的区分暴露出，伊利并没有完全接受新现实主义有关政治过程的寓意。他认为立法者的良心顾忌会对立法有重要影响。因此一个人不理解自己有偏见这一点也许确实会影响立法过程。如果这种新现实主义是正确的，那么良心上的顾忌就不重要。牛奶生产者得到了最低价，这是因为他们有政治能量，而不是因为他们说服了立法者：提高牛奶的价格有利于公共利益。不管怎么说，伊利都没有给出理由为什么他认为那些讨厌但不了解黑人的人，在为改善自己重新当选的机遇而支持提高牛奶价格的时候，不可能认为自己的票是按照自己的良心投下的。

在伊利未言明的政治过程理论中还有一个可质疑的因素，就是这样一个不能成立而且他也根本没有考察的假定，即立法者都是主人而不是代理人。当他提到"控制这一决策过程的群体"时，同上，页735，他显然不是指选民中的种族多数派，而是指立法机关中的种族多数派。很明显，一个由白人庄园主的黑奴仆组成的立法部门不会颁布歧视黑人的立法。要辨认谁是"控制决策过程的群体"，这涉及到要对最难理解的政治理论进行深入探讨。究竟谁在控制华盛顿大学法学院的招生过程？招生委员会？法学院的教员？大学管理机构？大学董事会？该州立法机关？华盛顿州州长？健康、教育和福利部？又请看，后注[40]。

求而处于不利地位），那么要求立法能经受住基于所谓“专断”或“歧视”的质疑，因此必须合乎情理地同某些普遍的社会目的联系起来，这样的要求就是一个错误。就大多数立法来说，真正的“正当理由”就仅仅是，这是宪法创立的我们社会的政治过程的一个产物。

这个正当理由看起来会提供一个足够的理由，拒绝任何对立法的一般合宪性挑战，例如，指责最低工资无效率或不公平（最低工资这两点都有）。[34]这个理由看起来提供了一个反驳冈瑟教授之提议的决定性理由，他的提议是，就经济上的歧视性立法而言（例如在威廉姆森诉李氏眼镜公司案［*Williamson v. Lee Optical Co.*］[35]中得到支持的制定法，该法禁止眼镜师不开处方换眼镜框），同等保护条款应解释为，选择用来贯彻公开宣布的立法目的的手段必须同该目的有合乎情理的联系。[36]如果——因为看起来很清楚——在李氏眼镜案中，制定法的真正目的就是要保护配镜师不受竞争之威胁（公开声明的目的则是要促进公共健康），那么按照冈瑟的进路，
384 这一制定法就是违宪的，但如果州宣布了该法的真正的、不适当的目的，该法就会是合法的。[37]那么，用同等保护条款来揭州立法机关的老底，指出它的立法就是在这样一个利益群体政治的现实中产生的，究竟又能得到什么好处呢？如果目的是要改变一个民主政

[34] 通过增加劳动的费用，最低工资减少了对劳动力的需求。由此而来的失业后果都集中在那些边际性工人中，特别是黑人青年。这些后果都有很好地记录。请看，例如，John M. Peterson & Charles T. Stewart, Jr., *Employment effects of Minimum Wage Rates* (1969); Marvin Kosters & Finis Welch, "The Effects of Minimum Wages on the Distribution of Changes in Aggregate Employment," 62 *American Economic Review* 323 (1972).

[35] 348 U. S. 483 (1955).

[36] 请看，Gerald Gunther, "The Supreme Court 1871 Term — Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer equal Protection," 86 *Harvard Law Review* 1, 20 - 21, 23 (1972).

[37] 请看，同上，页 45 - 46。

治体制的这一典型过程和产品，那么这个目的就既不可能实现，而且把这个目的归结到宪法第十四修正案的制定者身上也不合情理。

尽管有关政治过程的现实主义提供了一个很有说服力的正当理由，谢绝用公共利益这样一个宪法来要求一般的立法，[38] 它却没有为支持那些侵犯了某个明确且肯定的宪法目的之立法——例如政府的种族歧视不合法——提供正当理由。如果一种宪法权利还意味着什么，那就是意味着不能仅仅因某些政治机构渴求这种侵犯就允许这种侵犯。因此，某个从不适用某宪法原则中会获益的群体（德方尼斯案中，某些少数群体）有足够的政治或超政治能力，他们能让那些不屈从其要求的公共官员活得很不舒服，这就不是拒绝适用该宪法原则的一个合法根据。某些少数群体成员认为，如果不满足他们要求的优待，他们就要“兴风作浪”，无论是在大学内，还是在更大的社会中，这样的未明言的威胁在宪法分析中享有的分量并不比多数派的威胁——如果不满足他们要求的优待，也会兴风作浪——更大。事实上，只要仔细分析一下这一政治过程，“少数”与

[38] 然而，也许会有一些极端的歧视性州行动的案件，却都不涉及种族或族裔标准，但还是明显与“法律的同等保护”不一致，因此是违宪的，例如为了减少汽车污染空气而禁止右撇子领取驾照。

"多数"的根本区别会趋向于消失。[39] 对这一过程进行现实分析的精髓就是承认公共政策是由诸多少数群体完成的，并且代表了他们的利益；这都是些比总人口少得多的利益群体，例如配镜师、奶产品工人、药品零售商以及电视台业主，而不是某些无分化的多数派。第二次世界大战时期军队中的种族隔离就不是多数人喜欢这样

385

---

39 下面的新闻故事就说明了问题，*Wall Street Journal*, July 29, 1974, 页 10：

大普（Temple）大学已经向一位身称自己因是白人而被拒绝了教职的历史学者支付了 5000 美元的法庭外和解费

此案被认为是第一宗作出这种支付的案件，是过去 100 年间美国犹太人全国委员会向健康、教育和福利部提出的 100 多件反向歧视指控中的一件

指控者是马丁·戈德曼（Martin Goldman），他是马萨诸塞州克拉克大学的一位 34 岁的讲授黑人历史的讲师。1972 年，他申请了天普大学泛非研究所的一个职位

他说，在申请这一工作之后，该所所长奥狄欧·埃亚加（Odeyo Ayaga）给他打过电话，并请他到费城面试。他说，埃亚加先生当时告诉他，他是"他们现有的最符合资格的申请者"。

电话结束时，戈德曼先生说自己告诉了埃亚加先生自己是白人，而埃亚加先生当即就撤回了这一工作要约

戈德曼先生同该校的一位代表——大普大学黑人研究项目的一位秘书——进行了第二次谈话，据说，这位秘书告诉他，这个工作只给黑人；随后，戈德曼先生提出了他的指控

戈德曼先生是费城本地人，也是大普大学校友，他说，在自己的指控中之所以单挑出这所大学是因为，这是"惟一太愚蠢的地方，他们公开承认拒绝考虑他从事这项工作的理由"……

戈德曼先生说，自 1971 到 1973 年，他向超过 100 所寻找教授黑人史教员的大学发出了自己的工作简历，在这个领域中，他有硕士学位，但他从来没有得到过工作要约

"我想说的是，如果有任何白人孩子想研究黑人历史，他就是再傻不过了。这是一个因政治和社会原因而对白人学者封闭的领域"，戈德曼先生说。

据一位学校发言人说，自 1969 年大普大学泛非研究所始建以来，该所从来没有雇佣过一个白人教员。除了有一位东方人外，所有的职员都是黑人

我会感到疑惑，伊利教授会如何分类这种歧视？是一个多数群体在剥削一个少数群体，因此认为泛非研究所是歧视者，还是一个多数群体在剥削自身，认为天普大学是歧视者？

的结果，而是对一个主要由南方白人构成的少数群体的让步。[40]

简单地总结一下，尽管任何反对有效率歧视——也就是个别化评估成本太高的歧视性公共政策从定义上看就不可能基于效率理由得到正当化，但在歧视某个经济上的少数群体（例如美国的黑人）时，可以有一个分配性论证。这个论证就是，歧视给受歧视的少数群体施加的成本会相应地大于给搞歧视的多数群体施加的成本。然而，不可能用这个分配性的理由为下面这种反向歧视正当化，这种 386
反向歧视的理由很简单，就是有某个少数群体威胁说，如果多数群体不把财富再分配给自己，如果这个在分配不超出因禁止歧视少数群体而带来的再分配，他们就会给多数群体强加一些成本。我们不能发现有任何其他令人信服的理由来为反向歧视正当化

---

〔40〕这种支持优待好斗少数群体的“社会和平”论是当年代表白人种族隔离主义者——一个区域性的少数群体——提出来的，为了反对在南方公办学校废除种族隔离请看，Cooper v. Aaron, 358 U. S. 1 (1958)

▼
▼
▼

第十四章

贝克案、韦伯案以及未来

贝克案

加利福尼亚大学——一所州立大学——的戴维斯分校医学院，
387 在新生班的100个名额中给来自经济上或教育上处于不利地位的四个种族/族裔群体——尼格罗人、亚洲人、印第安人以及拉美裔人（墨西哥裔美国人）——的个人保留了16个位置。一个处于不利地位的申请人，如果不是这四个种族/族裔群体的成员，就不符合这一特别的招生项目。尽管确定下来的这四个种族/族裔群体的成员在常规的申请过程中可以竞争其余的84个位置，但是在这个特殊招生项目中，他们却不是同常规申请人进行比较评估，而只是相互比较评估。根据这一特殊项目入学的人，无论是平均测验成绩还是衡量学术前景的其他测度，都远低于其他入学者以及许多被拒绝的申请人；而被拒者之一就是埃兰·贝克（Allan Bakke）。

贝克起诉了该大学，指称自己被排除在新生班级之外，这是违

反宪法第十四修正案、1964 年民权法第六章[1]以及加州宪法，搞种族歧视的结果。加利福尼亚州最高法院支持了贝克的同等保护主张，认定不能用种族标准来决定一个州教育机构的招生。[2]但是该法院谢绝了考察贝克的其他理由。美国联邦最高法院确认了加州最高法院判决的一部分，即命令招收贝克进入戴维斯医学院，但是推翻了判决的另一部分，即不允许大学在招生决定中考虑任何种族的因素。[3]

联邦最高法院断然分裂了。大法官斯蒂文思（Stevens），在一份有首席大法官伯格（Burger）以及大法官斯图尔特（Stewart）和 388
伦奎斯特（Relnquist）附和的司法意见中，投票维持了加州最高法院的全部判决，理由是，用种族作为一个因素，挑选大学学生进入受联邦经济帮助的教育机构，这违反了民权法案的第六章；但他没有触及是否违法了宪法第十四修正案的问题。大法官鲍威尔（Powell）投了关键的第五票，肯定了有关贝克大学的判决；他写道，尽管大学有时可以在招生决定时考虑种族因素，但是戴维斯分校采用的这种项目是不能允许的。鲍威尔的结论建立在宪法第十四修正案上，这与大法官斯蒂文思不同，鲍威尔认为民权法第六章的标准同宪法标准是一样的。大法官布冉能（Brennan）、怀特（White）、马歇尔（Marshall）和布莱克门（Blackmun）在一个联合意见中，投票推翻加州最高法院的全部判决。大法官鲍威尔的第五票最终形成了为推翻了关于不允许大学在招生决策上考虑任何种族因素这一部分

---

〔1〕 该法第六章禁止联邦财政资助接受者搞种族歧视　42 U. S. C. § 2000d (1976).

〔2〕 Bakke v. Regents of the University of California, 18 Cal. 3d 34, 553 P. 2d 1152, 132 Cal. Rptr. 680 (1976)，确认了部分，驳回了部分，438 U. S. 265 (1978).

〔3〕 Regents of the Universyt of California v. Bakke, 438 U. S. 265 (1978). 对贝克案有大量的评论，请看，例如，Symposia, 67 *California Law Review* 1 (1979)；以及，90 Ethics 81 (1979).

判决所需要的多数。

贝克案是德方尼斯案的重演，但由于此案没有多数派判决意见，因此此案不是一个为未来提供了多少指南的资源。大法官鲍威尔在此案起了关键作用，这使他的司法意见成了供研究发现联邦最高法院未来在审理反向歧视和积极补偿行动案件上会采取什么路径之线索的最有意思的意见，尽管这个意见也很难说是一个很清楚的意见，也尽管本章后面将讨论的韦伯案会显示，贝克案的影响也许会主要限于学校（包括学院和大学）招生以及限于联邦资金接受者。

为了了解鲍威尔意见的背景，重要的是要理解，尽管宪法第十
389 四修正案的同等保护条款起初旨在保护刚得到解放的黑奴不受歧视性州行动的危害，但长期以来也一直被用作工具，审查各州以与种族或民族来源等特点无关的理由搞的区别对待行动。因此，对铁路征税要比对其他商业厂商更重，这样的立法就常常受到质疑，有时还会根据同等保护条款被废除。联邦最高法院，不愿卷入对州税以及规制性法律是否公正进行细节审查，在这些领域里，只要可以展示受指责的区别对待（歧视——译者）与宪法上许可的州政策有某些合理关系，一般都会支持这些立法。

如果把这一进路适用到种族歧视上，就会削弱同等保护条款的核心力量。因为，就像在上一章强调的，很多种族歧视的州行动都可能根据一个宽泛的“合理”标准得到正当化。例如，因为黑人的受教育表现平均而言要低于白人，因此把黑人分到种族隔离的学校，就像把二年级同三年级那样“隔离开来”，或者像在那些使用快慢班制（track system）的学校把聪明孩子同笨孩子“隔离开来”一样，也许是“合理的”——在联邦最高法院就经济案件使用的合理这个词的宽松意义上。对此可以提出强有力的论点，说这样的种族歧视性措施也许太过分了，说这会给某些个体贴上不轨者或不行的污名，由此带来的成本会超过种族分类管理的便利，说与种族相

关的行为差别本身就是种族歧视的产物，诸如此类；但所有这些论点，没有哪个非常有力，哪怕是根据经济案件中使用的放松了的合理标准审查也不可能取得成功，因为在经济案件中，联邦最高法院会非常耐心地听取州对受挑战的区别对待作出的正当化论证。

事实上，联邦最高法院一直都对种族和族裔的区别对待采取了一种“严格审查”的标准。当政府行动照合理标准受审查时，政府行动被假定为合法；而严格审查标准则把这个假定给颠倒过来了，事实上要求州承担的举证责任几乎是不可逾越的。州必须为种族的区别对待作出正当化论证。在贝克案中，一开始的关键问题就是，歧视白人是接受合理标准检验还是接受严格审查标准检验。大法官鲍威尔作为联邦最高法院的“不确定”票决定，适用后者是正确的。他拒绝赋予“定额”和“目标”的区分以宪法性意义，说戴维斯分校的特别招生项目涉及到“某种有目的的、公认的种族标准之使用”。[4] 他说：“同等保护之保证不可能运用于这个人时意味着这样，而运用于另一种肤色的人就意味着其他。如果不赋予他们同样的保护，这就不是平等。”[5] 他拒绝了这样的论点，即因为贝克是一位白人男子，不是一个“分散、孤立的少数群体”成员，不需要特别保护他们不受多数人政治过程的侵害，因此，戴维斯分校的特别招生项目也就不要求严格审查。他指出：“任何类型的种族和族裔区分都天生可疑，因此要求有最精细的司法考察。”[6]

390

大法官鲍威尔指出，等到 1930 年代同等保护条款重新复兴、成为保护个人自由的盾牌时，“就已经不再可能把宪法第十四修正案的保证限定在某个少数种族［黑人］为了平等的斗争上了”，因为这个国家“已经成为一个由少数民族组成的国家了”，他们各自

[4] 438 U. S. 页 289

[5] 同上，页 289－290。

[6] 同上，页 291

"都不得不通过斗争——并且在某种程度上继续斗争——来克服的，并不是某个铁板一块的多数派的偏见，而是一个由各个少数群体组成的多数派的偏见"〔7〕

> "多数派"和"少数派"的概念必然反映了暂时的配置和政治判断，就像上面说到的，当人"多数派"本身就是由各个少数群体组成的，其中大多数可以说先前都有过一段受州以及私人个体歧视的历史…… 这里没有一个原则性根据来决定哪个群体值得获取"高度的司法关注"，哪个又不值得…… 这种可变的社会学、政治学分析必然会产生一个司法没有能力解决的排序问题，哪怕是这种排序在其他情况下从政治上看可行、从社会角度看可欲。〔8〕

391

戴维斯分校医学院挑选予以优待的这四个群体，在这个国家，并非受到歧视的惟一的群体。其他受过歧视的有波多黎各人、犹太人、天主教徒、摩门教徒、爱尔兰人、意大利人、波兰人、斯堪的纳维亚人、德国人、匈牙利人以及妇女。应当明确，这些群体中，有许多已经克服了歧视施加于他们的障碍。但是亚洲人——戴维斯医学院将之同黑人、墨西哥裔美国人以及美国印第安人一起予以优待——也属于这种情况。反向歧视的逻辑看起来会要求法院至少要把受到优待之外的其他一些群体也考虑进来。然而，这样一来，结果也许会是少数群体联合起来搞歧视，他们累加起来会构成了明显的多数，歧视一个由安格鲁/撒克逊白人清教徒，甚或只是其中的男子构成的少数群体。

〔7〕同上，页292（省略的脚注）以及注〔32〕，引证了，41 C. F. R. § 60－50.1（b）（1977）.

〔8〕438 U. S. 页295－297（省略了脚注）

大法官鲍威尔因此拒绝了那种为了“仁慈”目的而歧视白人“多数群体“成员的行为不可疑、因此不受严格审查的观点：

> 这里有一些与这种优待观本身相联系的严肃司法问题。首先，也许并不总是清楚的是，这种所谓的优待是否事实上是仁慈的。这也许会要求法院确认强加给某些特别群体的个体成员的负担，以便推进这个群体的普遍利益。而美国宪法中并没有什么东西支持这样概念，说是或许可以要求个体忍受在其他情况下不能允许的负担，以便强化他们族裔群体的社会地位。其次，这类优待项目也许只会再次强化了通常的偏化看法，即如果没有以与个人价值无关的某种因素为基础的特别保护，某些群体就不可能获得成功。第三，强迫处于上诉人立场的无辜者承担救助并非他们造成的贫情，这有一定程度的不公平。[9]

运用严格审查标准，“‘一个州必须展示自己的目的既是宪法上 392
许可的和重大的，而且使用这种分类也是这一目的“之实现……所必须的”或是为保卫州的利益所必须的’”。[10] 大法官鲍威尔认为戴维斯分校医学院提出的两个理由从外观上看就不重大，第三个理由的基础是一个没有得到证实的事实假定，第四个理由尽管有可能重大，但一直贯彻得不恰当。

医学院提出的第一个理由是这样一种利益，“‘要减少这样一种情况，即在医学院和医学职业内，历史上一直都很少传统上不受人尊重的少数群体成员’”。[11] 大法官鲍威尔当即拒绝了这一支持该项目的根据，“仅仅因种族或族裔来源的理由而优待任何群体的成

---

〔9〕 同上，页 298（省略了引证）。

〔10〕 同上，页 303（引自，*In re* Griffiths，413 U．S．717，722－723［973］）。

〔11〕 同上，页 306

员，其本身就是歧视”。[12]

他也拒绝了第二个理由，即“要消除社会歧视的后果”；因为缺乏任何有关种族歧视的司法、立法或行政的发现，因此医学院也许可以以这种发现作为其招生优惠政策的基础。[13] 这里就提出了这样一个问题：如果在这样理解和贯彻这一优惠项目之前，加州的立法机关已经认定医学院曾有过非法歧视，那么戴维斯分校的特别招生项目是否会顶住这一挑战。答案在模棱两可之中。尽管大法官鲍威尔说，戴维斯医学院既没有提出、也没有能力提出有关往日非法歧视的认定，但是他在任何地方都没有提到有哪个立法和行政机构有权威作出这种认定。[14]

如果大法官鲍威尔意图是，承认立法机构或其授权者有权辨认
393 非法歧视并予以救济，那么，他就在自己宣布的宪法原则中创造了一个巨大的空白——也许通过一个分为两阶段的程序立法机关认定以往的歧视，因此可以要求有反向歧视。第一阶段，立法机关“认定”某些群体是某些机构的受害人；第二阶段，立法机关及其授权者，比方说，戴维斯医学院，将采纳一项反向歧视政策作为“救济”。由于法院实际上不能审查立法机关的事实认定，因此，只要是希望实践或授权进行反向歧视的立法机关结论性认定——尽管没有材料支撑——有应予以谴责的歧视，就可以要求这些机构采取明显是“救济性的”行动。

也许鲍威尔大法官就不打算留下这样的漏洞。可以推定，他意

[12] 同上，页 307

[13] 同上

[14] 在审理进程中，反向歧视是一种被法院接受的、针对被认定有非法歧视之罪的雇员或机构的救济措施——就像本书第 12 章指出的，这一救济是可疑的，因为常常是无辜者承担了这种救济的主要冲击，但是这种救济的正当理由在于，必须给予衡平法院某种裁量权，以制定一个会防止不公而次发生的衡平判决——在韦伯案的讨论中，用反向歧视作为救济的问题会再次出现

识到，任何立法机关都可以用空穴来风的“事实”而随意打发的宪法原则并不是名副其实的宪法原则。[15] 他承认，有些采用了种族分类的救济措施也许就是以立法或行政认定有非法歧视为基础的。大法官鲍威尔在此也许指的是，国会依据宪法第十四修正案第5条有明文规定的权力贯彻实施这一修正案的重要禁令，而州立法机关却没有获得这些权力。[16] 394

戴维斯医学院为自己区别对待的招生项目提出的第三个理由是

---

〔15〕 在其意见的脚注中，大法官布伦能对大法官鲍威尔的意见解释是，这一意见支持依据任何立法机构对以往非法歧视的认定而作出的区别对待政策。请看，438 U. S. 页366－367注〔42〕 因为加利福尼亚大学董事会本身就是一个准立法机关，有权确定大学的政策，因此，根据大法官布伦能对鲍威尔意见的阅读，戴维斯医学院的特别招生项目，如果是以该董事会认定医学院违反过宪法或制定法为基础，就不容易受到攻击 大法官布伦能因此批评了大法官鲍威尔，认为鲍威尔坚持要求立法、行政或司法认定以往有过歧视行为，然后才能采纳这种体现了种族分类的救济措施，这就是“形式高于实质”。同上。

〔16〕 至于依据宪法第十四修正案第5条国会对非法歧视予以救济的权力范围有多大，请看，Katzenbach v. Morgan, 384 U. S. 641, 651注〔10〕(1966)。在此案中，联邦最高法院说，第5条“并没有授权国会……颁布那种实际上会冲淡本院的同等保护和正当程序之决定的制定法 我们强调，依据第5条，国会的权力限于采纳一些措施来实施该修正案的保证；第5条并没有授权国会限制、废除或淡化这些保证” 因此，即使国会打算结论认为，公立大学曾经非法歧视了某些少数群体，它也许还是无权颁布“救济性”立法，不能要求这些违法的学校给这些少数群体的成员保留固定数量的位置 这种法律会废除了宪法第十四修正案的保证，就像大法官鲍威尔的判定所解释的，同等保护条款禁止在学校招生上使用种族和族裔定额制。

在新近的一个案件中（Fullilove v. Klutznick, 100 S. Ct. 2758 [1980]），联邦最高法院支持了一个联邦制定法，该法要求给予地方公共工作工程的联邦基金，至少要有10%用来获得由特定少数种族群体成员拥有的厂商提供的服务或供应，就像在这个领域的通常情况一样，多数大法官不能达成一个的意见 但不同的意见都非常强调，立法机关认定这一立法是必需的，是为了救济先前的歧视所造成的具体不利后果。事实上，该法规定了一个程序“防止某些少数群体（先前的种族歧视后果没有损害其进入公共契约的机会的群体）的厂商不公正地参与这一项目” 同上，页2776 由于受到挑战的是这一制定法的文字，而不是其实施，因此，这一程序机制实践起来是否充分，这个问题就不在争议之列。在这种情况下，也许合乎情理的做法是让联邦最高法院结论认为，该制定法是对少数群体的实际歧视的特别救济，而不是要优待对一些仅仅在概念上同以往对某群体（其他）成员歧视相联系的该少数群体。然而，清楚的是，作为“救济”概念的反向歧视是足够的宽泛和含混，因此也许可以大大削弱贝克案的意义。这一点我将在本章讨论韦伯案决定时还会谈到

州有一种利益，即“增加将在目前服务不足的社区内从业的医生数量”。[17] 大法官鲍威尔简单地拒绝了这一理由，因为没有任何证据证明，戴维斯分校特别优待这些特殊群体推进了这一州的利益。[18]

戴维斯医学院声称的第四个正当理由是所谓的这一特别招生项目推进了“学生从族裔多样性中获得的教育收益”；对这个理由，
395 鲍威尔比较能接受。[19] 鲍威尔认为该校追求学生的多样性是一种有说服力的利益，从这样一个前提开始，他推理认为“学术自由，尽管不是一种宪法明确列数的权利，但长期以来，人们都认为这是宪法第一修正案的一种特别关注”，而大学的学术自由“包括了挑选自己的学生”。[20] 由于不同背景的学生之间互动也许会对本科生和研究生教育都有重要贡献，也由于种族和族裔多样性是背景多样化的一个方面，因此，鲍威尔结论认为，医学院在选择学生时，可以把种族和族裔来源也考虑在内。

如果该意见在后面不对这一结论予以限定的话，就有可能因为上一章解说的诸多理由而被人们认为反映出——不论有多么微弱——一种种族僵化观。然而，大法官鲍威尔尽管接受了以种族和族裔多样性作为挑选学生的一个许可因素，但他还是拒绝了戴维斯医学院在新生班级中为一些特殊群体的成员保留一定数量的定额的做法，他认为这是不必要的，并因此是不许可的、歧视性的推动多样性的方法。他认为，这种进路在对多样性的总体追求中过分看重了种族和族裔的因素。宪法许可使用种族或族裔来源作为招生决策中的一个因素，但不允许作为惟一的因素。

---

〔17〕 438 U. S. 页 306。
〔18〕 同上，页 310
〔19〕 同上，页 306
〔20〕 同上，页 312

也许可以就一个具体的黑人申请人对多样性的潜在贡献来审查他的档案，而在同其他不同种族的申请人——例如一个自称是意大利裔的美国人——比较时，如果认为后者展示的品质更可能促进教育多元的收益，又不把种族因素作为决定性的。这类品质可以包括特别的个人才华、独特的工作和服务经验、领袖潜质、成熟程度、展示的热情、克服生活困难的经历、与穷人交流的能力以及其他认为是重要的条件。简而言之，以这样方式来运作，招生项目会足够的灵活，可以在考虑各个申请人具体条件的同时考虑其他一切相关的多样性因素，并把这些因素放在同样的位置上考虑，尽管不必赋予它们同样的份量。[21] 396

理解这段文字的一种可能的方式是，要淡化允许种族作为有意义的多样性的一个方面所具有的种族主义性质。鲍威尔说的也许是，一所大学也许可以把种族当作一个可反驳的预设，即一位申请人对学生多样性会有所贡献，但是不能把种族作为一个不可反驳的预设。大学也许不能拒绝接受一位白人关于自己要比黑人申请人对多样性会贡献更大的主张。鲍威尔用了"竞争性地考虑种族和族裔来源"[22]这样一个术语，更强化了这种解释：这个术语隐含的是，纯粹基于种族或族裔来源的多样化主张一定要随时接受某个白人的挑战，如果这个白人声称自己会对真正的——不同于纯种族或族裔的——年级学生的多样性有更多的贡献。鲍威尔赞同地引用了哈佛学院的政策（并加进了他司法意见的附录），这项政策宣告："一位来自爱达荷州的乡间男孩可以给哈佛学院带来一些一位波士顿人不可能贡献的东西。与此相类似，一位黑人学生通常可以带来一些……

[21] 同上，页317。
[22] 同上，页320。

位白人不可能贡献的东西。”[23] 通常，但不总是。因此，如果哈佛是一个公共机构，拒绝了一个农村男孩，而接受了一个学术较差但碰巧是黑人的波士顿上等人，那么前者就有一个不错的主张，说哈佛违反了自己的宪法性权利。

如果对鲍威尔的意见作这种解释是对的，那么鲍威尔的意见留给反向歧视做法的特免就很有限。这就等于允许大学采纳一个可反
397 驳的预设，有些特殊种族或族裔群体的成员，由于他们的种族和族裔之故，有可能为全体学生贡献一个有意义的多样性因素。

这个意见中，没有任何地方认同了戴维斯医学院的决定，给予那些在社区中碰巧有政治影响的少数群体特别优待。根据鲍威尔意见中提到的统计数字，戴维斯医学院在 1973 和 1974 年度，依据常规招生项目招收的 84 位学生中，平均每年有 9 位是亚洲人，[24] 超出了 10% 的比例。然而，亚洲人在加利福尼亚洲的总人口中还不到 3%。[25] 因此，戴维斯医学院的特别招生项目挑选优待的一个群体在学生全体中已经有了“过度的代表”。我猜想，戴维斯分校之所以把亚洲人纳入特别招生项目中，这是为优待在一般招生项目中代表不足的少数群体而支付的政治代价。但是根据鲍威尔对歧视的分析，也不允许大学汇集一份受优待的少数群体清单，而不考虑他们的文化特点以及在学校内的代表不足。纽约城市大学就不能制定一项政治上很诱人的优待性招生政策，规定犹太人同黑人和波多黎

[23] 同上，页 323（增加了着重号）。大法官鲍威尔的分析并没有把这样一个嘲讽正当化，即戴维斯医学院的错误就在于它为确定的少数群体保留了一个数量固定的位置，而没有努力用一种哈佛学院风格的信誓旦旦的修辞来掩盖其种族定额制。鲍威尔指出，如果审前开示或其他调查显示出，尽管哈佛声称把种族和族裔来源仅仅当作多样化的因素之一同其他因素一起评价，但实际上实施了一个与戴维斯医学院相似的计划，那么被哈佛排斥的白人申请人就有与贝克同样的宪法性权利主张。请看，同上，页 318。

[24] 计算根据，同上，页 395 注 [6]。

[25] 作为法庭之友为美国所做的诉讼摘要，页 4 注 [3]。又请看，同上，页 46-47 注 [51]。

各人都是受优待的群体.

自然，我也应对贝克案中其他司法意见有一些评论。大法官布冉能、怀特、马歇尔以及布莱克门的意见都同意大法官鲍威尔，认为就检验反向歧视来说，合理标准是太松了；但是他们论辩说用严格审查作为标准又太苛刻了。因此，他们提出了一个中间性的检验标准："为了明显良好的目的创设的种族分类要想是正当的，……就必须显示使用［它们］是为了一个重要且是详细阐述的目的，……［并且］贬低（stigmatize）了任何群体或是挑选了在政治过程中代表最不充分的群体首当其冲承担法律负担的有仁慈目的的制定法，都一定要撤销。"[26] 这一标准无法运作，因为就像大法官鲍威尔指出的，"贬低"以及"在政治过程中代表最不充分"的概念在诉讼中都不可能获得具体的含义。[27] 更重要的是，这一中间标准对老派的歧视来说，宽松得甚至危险。可以回想一下，这样的歧视若是依据严格审查的标准检验，会总通不过。然而，按照布冉能等大法官的进路，如果种族分类的"创设是为了明显良好的目的"，这个事实本身就使这种分类不属于严格审查的范畴，而要接受更宽松的中间标准的限制。这就意味着，如果想避免严格审查，一个种族主义的立法只需说一说，把黑人都赶到分离的学校，都是为了他们好就行了；因为，这就是一个"明显良好的"目的呀。

398

布冉能等大法官提议的有利黑人的反向歧视检验标准，与大法官布冉能本人自己在性别歧视指控案中关于有利妇女之反向歧视问题上的立场形成了强烈的反差。例如，在克雷格诉伯仁案（*Craig v. Boren*）[28] 中，布冉能撰写了联邦最高法院的意见，废除了一部州制定法，根据该法，女性 18 岁就可以购买啤酒，而男子一直

〔26〕 438 U. S. 页 361。

〔27〕 请看，同上，页 294 注〔34〕。

〔28〕 429 U. S. 190 (1976)。

要等到21岁才能买。这一意见说，“根据性别分类一定要服务于重大的政府目的，并且分类一定要同实现这些目标有实质性的联系”。[29] 判决意见还不加区分地引用了一些禁止歧视男性和歧视女性的案例来支持这一命题。在这一意见中，没有谁提议说，有利于妇女的区别对待与不利于妇女的区别对待也许可以有所不同，只是有这样一个评论，说“俄克拉荷马州没有提出，饮酒上的这一年龄/性别差别是为了保证妇女将享用3.2%的啤酒，以此来补偿此前妇女受到的剥夺”。[30]

399

在另一案件中，大法官布冉能，对联邦最高法院一个支持州制定法每年豁免寡妇（但是鳏夫没有）500美元财产税的决定提出了反对意见，他说，在歧视男子的案件中，正确的标准是“这一受质疑的立法是否为了超越其他的或非常强有力的、而且无法以其他剪裁更为细致的立法分类或无法以不那么激烈的可行手段获得的利益”。[31] 这是一个严格审查的标准。如果把这一标准用于戴维斯分校的定额制，加上不加解说地优待一个在全体学生中早已过度代表了的群体，布冉能关于反向歧视案件的标准肯定要求废除这种定额制。我不能理解为什么大法官布冉能认为男性有权获得一种（对女性而言）要比白人（对黑人而言）更宽大的宪法标准。

在贝克案中，对戴维斯分校定额制中最可疑的特点，即把亚洲人纳入这些受优待的少数群体，[32] 布冉能等大法官对此一言不发，就让它过去了，大法官马歇尔的反对意见也是如此。在布冉能等人

---

〔29〕 同上，页197

〔30〕 同上，页196注〔6〕。

〔31〕 Kahn v. Shevin, 416 U. S. 351, 357－358 (1974). 又请看，Schlesinger v. Ballard, 419 U. S. 498, 511－512 (1975)，Brennan, J., dissenting。很奇怪的巧合是，凯安案决定在《美国法律报告》中出现在德方尼斯案之后

〔32〕 尽管美国印第安人也包括在内，但没有任何证据证明有任何印第安人根据这特别招生项目被录进了医学院

的意见中，所讨论的都是关于黑人和拉美裔人，大法官马歇尔的意见中所讨论的也都与黑人有关。布冉能等人之所以认为戴维斯分校的项目合宪，原因之一就是这个为受优待群体保留位置的比例16%，要少于加州总人口中受优待群体的比例22%。但是这个22%仅仅是黑人和拉美裔人的总和；他们的意见中没有提到有关亚裔人的统计数字。论辩支持优待那些在某种意义上"成就不足的"种族或族裔群体是一回事，而把另一个未受优待却也很成功的少数群体也纳入进来则是另一回事。

如果布冉能等人以及大法官马歇尔讨论了把亚裔纳入这一特别招生项目太特别，他们本来也许会重新思考自己意见中一个基本 400
的、尽管没有表述出来的前提，即如果没有歧视，黑人医生的比例就会与黑人在总人口中的比例大致相当。正是这一前提支持了他们的结论：戴维斯分校的特别招生项目可以得到正当化，它与允许以种族定额的衡平判决对以往的种族歧视予以救济的逻辑是一样的，即这是消除歧视后果的一种努力。但是一旦承认有些群体在医学职业中"代表太多"，所谓黑人如果不受歧视就不会代表不足，这样一个前提就被破坏了。根据铁定的算术逻辑，在某个职业中，有些群体会因一些与优待无关的原因而代表太多，因此就不可能每个群体在其中获得对称的代表；要想平衡这一统计数字，有的群体或有些群体就不得不代表不足。黑人也许就是这样的一个群体。很明显，亚裔美国人对医学有某些特殊的能力或兴趣；否则的话，为什么他们在戴维斯医学院的新年级中会有过度的代表呢？这表明医学的能力和兴趣在各个种族或族裔群体中并不是平均分布的。更重要的是，如果一个美国曾有受歧视历史的群体，例如亚裔美国人，却仍然能在医学职业中达到与之不相称的强有力的代表，那么黑人未能获得相称代表，这就不能自动归结到对他们歧视的历史上了。

布冉能等人以及马歇尔的意见中的第二个谜是，他们根本没有提到在贝克案两年前最高法院决定的麦克多纳德苏桑塔菲铁路交通

公司案（*McDonald v. Santa Fe Trail Transportation Co.*）。[33] 在该案中，大法官马歇尔撰写了法院意见，认定对一位白人的歧视既违反了1964年禁止就业歧视的民权法案的第七章，[34] 也违反了南方
401 重建民权一个制定法的第43章第1981款。[35] 此案涉及到两个白人雇员和一位黑人雇员，他们有同样的错误行为，也都被发现了；但只有两位白人被解雇了。联邦最高法院认定，这些制定法禁止歧视白人、优待黑人，尽管没有任何明晰的立法史支持这样一个结果，也尽管1981款本身有看上去相反的文字。这一款规定，所有人都应像"白人公民享有的"、同样的契约权，因此该法是以白人作为标准而不是作为被保护阶层。在麦克多纳德案中，马歇尔认为，种族歧视、无论针对的是白人还是黑人，都是一回事。尽管该决定以第六章之外的一些制定法为基础，但是就第六章来说，没有任何证据表明有某种立法意图，要颁布不同于宪法标准的区别对待标准。因此，把反向歧视同老式歧视等同起来的做法并不像布冉能和马歇尔在贝克案意见中所隐含的那样，是什么新鲜事。但是，大法官马歇尔处理贝克案的手法——把与之无关的歧视标准纳入了不同民权法制定法——预示了韦伯案。

在我转向讨论韦伯案之前，我想简单猜想一下贝克案对于未来积极补偿行动的寓意。积极补偿行动指的是校正以往歧视的持续性后果的努力，与仅仅停止歧视不同。戴维斯分校医学院的特别招生项目就是一种积极补偿行动。其中的一些特点使这样的项目特别脆弱。首先，人们很自然对治疗他们疾病的医生的资格感到焦虑，因此，"积极补偿行动"之医生的说法就特别麻烦。不错，依据这一特别项目招收的学生，在理论上，都必须达到常规进校学生毕业的

[33] 427 U. S. 273 (1976).

[34] 42 U. S. C. §§ 2000e to 2000e-17 (1976).

[35] 42 U. S. C. § 1981 (1976)

学术标准。但有些大学，如果必要，会变动它们的标准，以保证自己特别优待的学生不会有太多的通不过。其次，戴维斯医学院的项目很神秘地把亚裔美国人也纳入了受优待的少数群体之中，尽管这一群体明显不需要相对于白人来说的那种优待。第三，戴维斯医学院拒绝对处于不利地位的白人予以任何特别考虑，因此是不承认有些白人也许也应作为受优待群体的一员，在招生过程中也应得到一点优待。第四，与此相联系，为挑选出来的群体拨出固定数量的位置，这种做法不可能不引起人们想起在美国高等教育中曾长期使用的、用来限制犹太人和天主教徒进入精英学校的定额制。

支持积极补偿行动的人也许希望未来的司法决定会把贝克案判决限定在一些相当特别的事实上，但是很少对先例作这样狭义的解释。问题还是存在，即在多大程度上各种积极补偿行动会接受严格审查的标准？

看来，贝克案决定不大可能用于在司法确定有非法歧视后采取的“救济性积极补偿行动”。这种积极补偿行动构成了一种人们接受的司法习惯，可以很容易（也许太容易了）正当化，说是行使了一种衡平法院传统上在救济问题上相当广泛的裁量权。与明显定额值相对的另一端，人们常常看到在这种衡平法判决，实际上无论是学校招生上还是在就业上，等更加努力搜寻黑人申请人，而不是搜寻白人申请人。严格说来，这就是一种种族歧视，但这对白人的不 403
利影响可能太小了、太弱了，不足以构成对法律同等保护之否认。有些大学给黑人的奖学金要比给同样需求的白人更多，对这种做法，我得出的结论是一样的，但原因略有不同。这也是歧视，但它附着于合法的区别对待，因为在追求实现学生总体多样性这样一个合法目标中，大学有时不得不通过竞争性资助来获取一些有限的、合格的少数群体申请人。

居于这中间的情况则是就业上的优待，包括学术机构的就业。许多大学也许会有意雇用一些资格略差一点的黑人，而不是资格更

高一点的白人；在许多厂商和法律事务所以及其他非学术性机构中，也都有类似的做法。这也是种族歧视，按照大法官鲍威尔的观点来看，也要受到严格审查，并且不适用鲍威尔认为足以支持在大学招生过程中优待黑人的那些理由。某个飞机制造商并不存在让董事会种族多样化的利益，至少不存在我会当真的那种利益，大学也不存在什么合法利益要让研究生教育的会计系教员种族上更为多样化。当然，你还是可以声称，这里有为黑人提供“模范”的利益，但这涉及到的是一种浅薄的心理作用。在回答戴维斯医学院关于黑人医生要比白人更有可能在医疗服务不足的社区从业的论点时，大法官鲍威尔就已经拒绝了这种说法。

当下，积极补偿行动的最前沿并不是学院招生或大学招生；而是在就业上。这就是一直且真诚适用严格审查标准对现有政府政策可能有深厚影响的地方。尽管健康、教育和福利部以及其他政府执法者都趋向于避免使用“定额”这样的词，而是使用了“追求”、“最佳努力”、“目标”以及“目的”这样一些术语来描述积极补偿行动，但是健康、教育和福利部的实践效果就是诱使许多大学以及其他雇主优待那些被他们看重的群体（黑人、妇女或其他什么群体）的成员。雇佣这些群体的成员要优先于质量更高的白人男子，因为这是让政府不找雇主麻烦的最容易的办法。这就是歧视，而当雇主是一个公共机构时，按照大法官鲍威尔意见的逻辑，受歧视的受害人看来会有强有力的要求救济的宪法性道理。这个雇员的权利首先取决于是否把第七章禁止歧视解释为与大法官鲍威尔的意见中宣布的宪法标准一样广泛。麦克多纳德案决定隐含了这样的解释。但是出人意料的是，尽管或许有道理，韦伯案的认定是相反的，因此在就业问题上限制了贝克案的影响。

404

韦伯案

在美国钢铁工人联合会诉韦伯案（*United Steelworkers of America v. Weber*）[36]中，凯瑟铝业化学公司与钢铁工人联合工会达成了一个集体谈判协议，协议规定在职训练项目把一半位置保留给黑人雇员，直到该项目涵盖的各工厂中黑人手工工人比例与这些工厂所在地的黑人劳动力比例相等。一位白人雇员韦伯，申请进入这一训练项目，就因为这一定额被拒绝了；如果不是这个定额，凭着韦伯的年资，他是有权进入这个项目的。韦伯依据民权法案第七章——禁止就业中的种族歧视提出了诉讼。与德方尼斯和贝克在他们提出的反向歧视案中不同，韦伯质疑自己被排除在外依据的不是宪法第十四修正案的同等保护条款，因为他的雇主和工会都是私人实体，因此不能满足宪法第十四修正案（本书第12章讨论了）规定的州行动要件。

联邦最高法院，尽管有大法官冉奎斯特以及首席大法官伯格的 405
反对，认定凯瑟公司与钢铁工人联合会的方案不违反民权法案的第七章，尽管这里有明显的种族定额制。麦克多纳德案也被区分了，理由是凯瑟公司的方案“并没有要求裁减白人工人，也没有要求用新雇用的黑人工人来替代”，这个方案是“一个积极补偿行动，是私人各方自愿采用的，为了消除种族隔离的传统格局”[37]这一区分乍看起来让人不知深浅。如果凯瑟公司和钢铁工人联合会当初通过谈判得到了一个集体谈判协议，对某些由于种族隔离的传统格局因此黑人代表过度的某类工作（可能是一些低工资无技术的工作）

〔36〕 443 U. S. 193 (1979).

〔37〕 同上，页209，201

中的黑人就业规定一个上限，那么就不能因为这一协议是自愿的并且旨在消除传统的种族隔离制格局而原谅它的歧视性特点。

联邦最高法院先把麦克多纳德案区分到了一边，随后考察了民权法案第七章的立法史，在那里，联邦最高法院没有发现有说服力的表示，说国会曾有意禁止自愿的积极补偿行动。大法官冉奎斯特在一篇长篇反对意见中，艰苦地考察了这一立法史，发现其中无数次提到依据第七章反向歧视是非法的。[38] 例如，参议员萨尔东斯托尔就说过，第七章将“不为任何公民群体提供优待，事实上，它特别禁止这种优待”。[39]

尽管立法史看起来支持了大法官冉奎斯特，但是这里有一个考虑因素，支持了同时也限定了联邦最高法院决定的范围。在韦伯工作的路易斯安娜州的葛莱美西城的工厂里，技术手工工人中，黑人还不到2%，而当地劳动力中，黑人占了39%。尽管因为代表不足
406 就推断这里面有歧视的做法很危险，但是上述比例上的差距，再加上美国南方有长期的种族歧视历史，这些都表明凯瑟公司和钢铁工人联合会也许已经处于一种危险的境地，它们可能会受法律指控，指责它们在格莱美西工厂搞歧视。如果它们受到起诉，输掉了官司，法院的衡平判决也许就会把凯瑟与钢铁工人联合会达成的这样一种定额制纳入进来。要禁止它们预见并通过自愿采纳预见法院会强加给自己的这样一个项目来躲开一个诉讼，那就是鼓励诉讼，就会阻碍它们自愿服从法律。事实上，按照大法官布莱克门的附和意见，凯瑟公司之所以采纳这一受质疑的定额制，只是“在联邦合同服从办公室的批评性审查之后，……并且模仿了后来对钢铁工业下达的民权法案第七章认同令（Consent decree）的路子”。[40]

〔38〕 请看，同上，页219－215。

〔39〕 110 Cong. Rec. 12691 (1964)。

〔40〕 请看，443 U. S 页210。

如果韦伯案确实是根据这种“预见性服从”的理由决定的，那么，此案就没有损害具体情境中的贝克案（学校招生）决定，因为几乎没有哪个学校可以说其招生程序歧视了黑人以及其他少数群体。但是请注意，依据韦伯案，就业上的积极补偿行动是否合法，似乎关键取决于审理涉及歧视少数群体成员案的标准是什么。这些标准越松，法院越是愿意根据代表不足的统计数据来认定种族歧视，潜在的责任之网就会越宽大，并且，对一家厂商或工会来说，就越容易令人信服地论辩说，这种反向歧视只是预见了而且想避免歧视黑人的指控和诉讼

联邦最高法院也没有对反向歧视或积极补偿行动作出最后总结。大法官鲍威尔在贝克案中的意见就承认谴责老式歧视与赞扬反 407
向歧视之间前后不一致；这种不一致在于这样的一个事实，即这两种歧视都同样是对高信息费用的理性顺应。然而，韦伯案件提出了这样一个问题，即一项反对种族以及相关歧视形式的政策，也许并非不可避免地会伴随着反向歧视，因为这是一种——预先或者是事后的——服从禁止歧视黑人和其他少数群体之法律的潜在模式。

反向歧视的困境同本书的一个主要题目直接相联，这就是在塑造社会制度上，信息费用具有的重要性。正像歧视本身常常回应的是有关个体能力和倾向的信息费用问题，因此，决定歧视是否发生的费用太高就招致了用反向歧视作为减少法律风险的一种手段。如果这里没有反对“统计性”歧视的公共政策，这一困境当然可以避免；并且如果本书第一编讨论的财富最大化的伦理支配了——因为并没有支配——公共政策之确定，也不会有这种困境。

这一点例证了，经济学视角何以可能让人们理解，一些有广泛分歧的社会政策争议其实有共同的分析核心。同样一些工具，你可以用它们来理解“积极补偿行动”领域内联邦最高法院的决定，我要说，也可以用来理解功利主义伦理学和康德伦理学的一些问题，理解初民社会和古代社会的社会和法律安排，以及理解私隐法律的概念。

▼
▼
▼

索　引

A

Abortion，人工流产，330

Ackerman，Bruce，布鲁斯·阿克曼，104注

Adams，Samuel，萨缪尔·亚当斯，318注

Adjudication：Blackstone's theory of，布莱克斯东的审判理论，23－28；U. S. constitutional，美国宪法的审理，26，310ff；distributive neutrality in，审理中的分配中性，74

Adkins，Arthur W. H.，阿瑟·W·H·埃德金斯，220－221，225注

Aeschylus，埃斯库罗斯，217，218，225，226－227

Affirmative action，积极补偿行动，373－374，402－407，又请看，Reverse discrimination

Agorē，古希腊民众大会，128－129

Altruism，利他主义，67－68，81，122，134，160，216，232；reciprocal，互惠的，162注；negative，否定性的，211－212；as basis of privacy legislation，作为私隐立法之基础，301，304，309

Ancient Greece，古希腊，217－227，又请看，Homer

Annulment，废除、取消，238

Anthropology，人类学，140－141，144－145，146ff，217

Appropriation（tortuous），挪用、侵占（侵权法上的），255－256，267注，340注

Arbitration in primitive society，初民社会中的仲裁，174－179

Aristotle，亚里士多德，73

Arrow，Kenneth，肯尼斯·阿罗，99－100，362注

Assault，殴打，285－286

Athens，雅典，请看，Ancient Greece

Autonomy，自主、自治，请看，Kantian ethical theory；Privacy，in sense of autonomy

B

Bakke case，贝克案，387－404，406－

407
Ball, Donald, 唐纳德·鲍尔, 148注
Bank Secrecy Act, 银行保密法, 299, 340 – 341, 344
Battery, 伤害, 285 – 286
Beccaria, Cesare, 贝卡利亚, 28 – 29
Becker, Gary, 加里·贝克尔, 2 – 3, 59, 146注, 172注, 352注
Begging, 乞讨, 34, 85 – 86
Beidelman, T. O., T. O. 贝德尔曼, 178
Bell v. Wolfish, 贝尔诉沃里希案, 346 – 347
Belshaw, Cyril, 希利尔·贝尔肖 160注, 171
Bentham, Jeremy, 杰罗米·边沁, 2 – 3, 13, 32ff, 56注, 85, 106
Bittker, Boris, 鲍利斯·比特克, 369注
Black, Hugo, 休果·布莱克, 320 – 321
Blackmail, 敲诈, 283 – 285
Blackmun, William, 威廉·布莱克门, 346, 406
Blackstone, William, 威廉·布莱克斯东, 13ff, 321
Bloch, Marc, 马克·布洛赫, 164注
Bloodwealth, 血财富, 192 – 193, 196 – 199
Bloustein, Edward, 爱德华·布劳斯登, 251 – 252, 254注, 256, 267注
Bork, Robert H., 罗伯特·H·鲍克, 323注, 378注
Boyd case, 博伊德案, 316 – 317, 342
Brandeis, Louis, 路易斯·布兰代兹, 234注, 239, 247注, 250 – 251, 254, 269, 271, 311, 314 – 316, 318
Brennan, William, 威廉·布伦能, 393注, 398 – 401
Brenner, Reuven, 芮文·布伦纳, 146注
Brideprice, 彩礼, 165, 166注, 167注, 182注, 185 – 189
Brown v. Board of Education, 布朗诉教育委员会案, 354 – 356, 379
Buckley Amendment, 巴克利修正案, 246, 300注
Buckley v. Valeo, 巴克利诉瓦廖案, 324 – 325, 340注
Bugging, 窃听, 请看, Electronic surveillance
Butler, Richard, 理查德·巴特勒, 361注

C

Calabresi, Guido, 吉多·卡拉布雷西, 4
California Bankers Ass'n v. Schultz, 加利福尼亚银行家联合会诉舒尔茨案, 341, 343
Cattle lending, 牲畜出借, 159
Caveat emptor, 买者当心, 184
Caveat venditor, 售者当心, 183, 184

Cheyenne Indians，沙伊安印第安人，220注
Civil rights statutes，民权制定法，387－388，401，404－407
Classical Greece，古希腊，请看，Ancient Greece；Homer
Coase，Ronald，罗纳德·科斯，4
Codification，法典化，36－38
Cohen v. California，科恩诉加利福尼亚州案，335－337
Coleman，Jules，居勒斯·科尔曼，88注，91，97
Collective responsibility，集体责任，193－195，198，217－218，219
Common law，普通法，4－5，18，24－28，36－37，101－107，242－243，244，247，282ff，289
Communication，交流，240－242，245－247，又请看，Information；Language；Privacy；Rhetoric
Compensation，ex ante，事先的赔偿，94ff
Conscience，良心，请看，Guilt
Constitution，U. S.，美国宪法，26，46；interpretation of，宪法解释，310ff，328注，377－378；constitutionality of redistributive legislation，在分配性立法的合宪性，383－384
Constitutional law，宪法性法律，375－386。又请看，under specific doctrines
Consumer surplus，消费者剩余，77注，78，82，92，158，271
Contraception，legal regulation of，避孕的法律规制，323－331
Contracts，合同，契约，142－143，154，182－184，288－289
Cooley，Thomas，汤姆斯·库利，315注
Copyright，版权，著作权，242－243，247，257，263
Corlett，Edward，爱德华·考贝特，173
Corrective justice，校正正义，73－74
Courtney，James，詹姆斯·考特尼，298注
Cox case，考克斯案，338－339，342，346
Craig v. Boren，克雷格诉伯仁案，399
Crime，犯罪，81，197－198；effect of，on social wealth，犯罪对社会财富的影响，63，66－67；in primitive society，初民社会的犯罪，148；disclosure of past，以往犯罪的暴露，235，236－237，260－261；and privacy legislation，犯罪与私隐立法，307－309
Criminal justice，刑事司法，28－31，58，213－214；in Homeric society，荷马时期社会的刑事司法，124；in ancient Athens，古雅典的刑事司法，218－219，223，225－226，又请看，Fifth Amendment；Fourth Amendment
Criminal law in primitive society，初民社会的刑法，2003－204

Custom, 习惯, 25 – 26, 178 – 179, 185, 188 又请看, Common law
Customary price, 习惯性价格, 171 – 172, 184, 186注

D

Debts in primitive society, 初民社会中的债务, 161注, 220
Defamation, 诽谤, 264 – 266, 272, 287 – 299, 337 – 338; of group, 对群体的诽谤, 293 – 294; *per se* categories, 认定诽谤的类型, 294 – 295; of dead, 诽谤死者, 294; written vs. oral (libel vs. slander), 文字诽谤与口头诽谤(诽谤与中伤), 294 – 296; defenses and privileges, 辩解与特权, 296 – 298
DeFunis case, 德方尼斯案, 388
Demsetz, Harold, 哈罗德·德姆塞茨, 179
Deterrence, 威慑、震慑, 208 – 209
Diamond, A. S., A. S. 迪埃蒙德, 166注
Discrimination, 歧视, 235 – 236; racial, 种族歧视, 86 – 87; economic analysis of, 歧视的经济分析, 351 – 355, 358注, 362 – 363; related to privacy, 与私隐相关的歧视, 345, 351; "taste" for, 歧视的"偏好", 351 – 354, 360, 361; effect of competition and monopoly on, 竞争与垄断对其实的影响, 352 – 354, 356 – 357; wealth effects of, 歧视的财富效果, 352, 355; by labor unions, 工会搞的歧视, 353 – 354, 357, 361; legal remedies against, 对歧视的法律救济, 358 – 361, 393 – 394, 402 – 403, 407; in employment, 就业中的歧视, 358 – 360; in places of public accommodation, 在公共住宿上的歧视, 358 – 359, 又请看, Racial discrimination; Reverse discrimination; Segregation; Sexual discrimination
Disparagement, 贬低, 266, 289 – 290
Distribution of income and wealth, 收入与财富的分配, 43; in wealth maximization system, 财富最大化体制中的收入与财富的分配, 80 – 82; and common law, 收入与财富的分配同普通法, 102 – 106 又请看, Equality; Redistribution
Distributive justice, 分配正义, 请看, Equality; Rights
Dodds, E. R., E. R. 多兹, 223注
Donagan, Alan, 埃兰·多纳根, 57
Donnelly, R. C., R. C. 多尼利, 296注
Douglas, Mary, 玛丽·道格拉斯, 166注
Douglas, William, 威廉·道格拉斯, 323 – 329

Dowry，嫁妆，186注，188注
Due process，正当程序，323－324，327－328
Duel，决斗，193注
Dworkin，Ronald，罗纳德·德沃金，84，91注，107－115，376－377

E

Eavesdropping，偷听、窃听，245，247，266；by secret agents，秘密侦探的窃听，321－322 又请看，Electronic surveillance；Wiretapping
Efficiency，效率，164，204－206；meanings of，in economics，在经济学中效率的意义，91－92；as constitutional principle in race area，效率作为种族领域内的宪法原则，378
Ehrenberg，Victor，维克多·厄仁博格，221注
Eisenstadt case，埃森斯塔特案，329－331
Electronic surveillance，电子监听，319－321 又请看，Wiretapping
Ely，John，约翰·伊利，375－376，378，382注，385注
Eminent Domain，征用权，85
Empathy，移情、同情理解，122－123，135
Employment discrimination，就业歧视，358－360，403－406
Entick v. Carrington，恩迪克诉卡林顿案，316－317
Envy，妒忌，82－83，169
Epstein，Richard，理查德·埃博斯坦，55，66，80，90
Equal Credit Opportunity Act，同等信用机会法，303
Equality，平等，34注，41，55－56，59，73，80－81，152注，169，190；in primtive society，出民社会中的平等，163－168
Equal protection，同等保护，329－330，375－386，389ff
Erznoznik case，厄兹诺兹尼克案，333－335，336－337，345－346
Eskimos，爱斯基摩人，158
Evans－Pritchard，E. E.，E. E. 伊万斯－普理查德，157注
Evidence，law of，证据法，236
Evolution，social，社会进化，205－206
Exogamy，外婚制，191－192，196，216
External costs and benefits，外在成本和收益，297，－298；pecuniary vs. technological，货币的与技术的外在成本和收益，90
External preferences，外在偏好，84，376

F

Fair Credit Reproting Act，公正信用报告

法，300，303－304
False－light tort，错误曝光侵权，264－266，337－338
Family，家庭，209；in primitive society，初民社会的家庭，155，184－192；in ancient Athens，古雅典的家庭，218－219，221；privacy cases involving，涉及家庭的私隐案件，323－331 又请看，Kinship
Feasts，筵席，160
Feudalism，封建主义，164，167
Fifth Amendment，宪法第五修正案，310，323－325，331－339，340注 又请看，Free speech
Firth，Raymond，雷蒙德·菲斯，172注
Fletcher，George，乔治·弗莱切，97注
Fourteenth Amendment，state action requirement of，宪法第十四修正案的州行动要件，355－358，又请看，Due process；Equal protection
Fourth Amendment，宪法第四修正案，310，311－323，325－326，331，342－347；property theory of，宪法第四修正案的财产理论，314；damages for violation of，违反宪法第四修正案的赔偿，319
Fox，Robin，罗宾·福克斯，191注
Fraud，欺诈，212－213，237－238，289－290。又请看，Information and information costs
Freedom of Information Act，信息自由法案，299
Free speech，自有言论，370注
Freund，Paul，保罗·福朗德，272
Fried，Charles，查尔斯·弗里德，55，72，252
Friedman，David，戴维·弗里德曼，150注，197注
Fullilove v. Klutznick，福里拉夫诉克拉茨尼克案，394注

G

Gavison，Ruth，汝斯·盖文森，274
Geertz，Clifford，克里福特·吉尔兹，146注，247注
Generosity，慷慨，157，158，159
Genetic fitness，基因适应性，186－187，210－212，213，215－216
Gift exchange，礼物交换，135－138，159－161，170－171；information conveyed by，礼物交换传达的信息，143
Goffman，Erving，厄文·高夫曼，233注
Goldman case，戈德曼案，319－320
Goody，Jack，杰克·古迪，166注
Gossip，闲话，请看，Prying
Government：interest group theory of，政府的利益群体理论，93，103－105；limited，有限政府，120－123；in the Homeric poems，荷马诗歌中的政府，123fi；in primitive society，初民社会中

的政府，149，151；as invader of privacy，政府是私隐侵犯者，310ff；role in discrimination，政府在歧视中的角色，355－358 又请看，Political stability
Greenawalt，Kent，肯特·格林纳沃特，249－250，253
Gregor，Thomas，汤姆斯·格雷格，239注，278注
Grierson，Philip，菲利普·格利森，161注
Griswold case，格利斯沃德案，323－330，333，343－344，346
Guilt，罪过，224－227，277－278
Gunther，Gerald，杰拉德·冈瑟，383－384

H

Haggling，讨价还价、争吵，171注
Hall，Edward，爱德华·霍尔，279注
Hand formula，汉德公式，5，61
Happiness，pursuit of，追求幸福，83注。又请看，Utilitarianism；Utility
Harlan，John，约翰·哈兰，326
Harris，Marvin，马文·哈里斯，239注
Harsanyi，John，约翰·哈桑尼，59
Hart，H. L. A.，H. L. A. 哈特，32注，51
Hayek，F. A.，F. A. 哈耶克，54注，68注
Heckman，James，詹姆斯·赫克曼，361注
Henkin，Louis，路易斯·亨金，330注
Hermessen，J. L.，J. L. 赫密森，173注
Herskovits，Melville，梅尔维利·赫斯科维茨，158注
Hester case，赫斯特案，313－314，320
Hirshleifer，Jack，杰克·赫希勒弗尔，91注，211注
Hobbes，Thomas，托马斯·霍布斯，144
Homans，George，乔治·霍曼斯，271注
Homer，荷马，119ff，177注，199注，220，222，225，227，277
Honor，sense of，荣誉感，138，141，143，173注，210－211
Household：Homeric，荷马时代的家，120注，142；primtive，处民的家155
Howell，P. P.，P. P. 霍维尔，288注
Human capital，人力资本，72
Hutchinson v. Proxmire，哈钦森诉普洛克斯密尔案，339注，346
Hypothetical markets，想像的市场，77，79－80

I

Incest，乱伦，137，191，204
Individualism，个人主义，211
Information and information costs，信息和

信息费用，8－9，261注，278－279，288－290，301，345，407；conveyed by gifts，礼物传递的信息和信息费用，137；in primitive societies，初民社会的信息和信息费用，146－150，154，156，168－173，176－177，184，188，189，200－202，206；and discrimination，信息和信息费用与歧视，169，367－368，370－371，376－377，378，385－386；and moral beliefs，信息和信息费用于道德信仰，224－225；personal，个人的信息和信息费用，232ff；and search，信息和信息费用和搜寻，237；incentives to produce，生产信息的激励因素，240－242，249－250；property rights in，信息的产权，242－244。又请看，Discrimination；Privacy；Risk and uncertainty

Inheritance，遗产继承，82，181注；of debts，161注；in primitive society，初民社会的遗产继承，166；of criminal responsibility，刑事责任的继承，请看，Pollution

Innovation，创新，278－279

Insurance，保险，59，200；in primitive society，初民社会的保险，152ff，167注，169，184，190注，191，196，198；function of marriage，婚姻的保险功能，190－191；and strict liability，保险于严格责任，202－203

Intention，意图，201，225

Interest in primitive society，对初民社会的兴趣，158－159

Intrusion（tortuous），侵入（侵权上的），266－267

Inventions，发明，148－149

J

Jones，J. Walter. J.沃尔特·琼斯，225注

Jordan，Ellen，埃伦·乔丹，290注

Jourard，Sidney，西德尼·居拉德，233注

Judges，法官，请看，Adjudication

K

Kaldor，Nicholas，尼古拉斯·卡尔多，92

Kaldor－Hicks criteriaon，卡尔多/希克斯标准，91－94

Kant，Immanuel，伊曼努尔·康德，55注，208

Kantian ethical theory，康德的伦理理论，55，58－60，65－66，69，76，89，98

Kaplan，John，约翰·卡普兰，365注

Katz case，卡兹案，320－321，322，343－344

Kinship，亲属关系，155－157，158注，

167, 175, 178, 180, 182注, 186, 190 – 192, 193 – 197, 202注; unilineal, 单系的亲属关系, 195 – 196; cognate, 同族亲属关系, 195 – 196; in ancient Athens, 古雅典的亲属关系, 219 – 220, 221
Knight, Frank, 弗兰克·奈特, 53
Kula ring, 库拉圈 170 – 171

L

Labov, William, 威廉·拉波夫, 280注
Landes, William, 威廉·兰德斯, 206, 303 – 304, 361注
Langbein, John, 约翰·兰贝因, 32注
Language, 语言, 179, 246 – 247, 296; and policies, 语言与政治, 37, 40, 44 – 45 又请看, Communication; Rhetoric
Law: positive economic theory of, 法律的实证经济学理论 4 – 5, 103 – 107, 113 – 115; concept of, 法律的概念, 74 – 76; in Homeric society, 荷马时代社会中的法律, 129 又请看, Common law; Custom
Law enforcement, 法律执行, 284 – 285; public vs. private, 法律的公共执行和私人执行, 213, 223 – 224
Lawyer – client privilege, 律师客户特权, 283
Laziness, 懒惰, 82, 83, 271
Legal fiction, 法律拟制, 26 – 27, 178
Legal theory, 法律理论, 49 – 51
Legislation, 立法, 27 – 28, 96 – 97; relating to privacy, 与私隐有关的立法, 248 – 249, 299 – 309, 328注, 381 – 384 又请看, Codification
Legitimacy, judicial, 司法的合法性, 26
Lerner, Abba, 阿巴·勒奈, 59
LeVine, Robert, 罗伯特·勒文, 164注
Lewis, C. S., C. S. 刘易斯, 207注
Liability rules, 责任规则, 请看, Negligence; Strict liability
Libel, 诽谤, 请看, Defamation
Literacy, 识字率, 147, 149, 151, 177, 180
Loans in primitive society, 初民社会的贷款, 158 – 159

M

MacDowell, Douglas, 道格拉斯·麦克多维尔, 219注
Magic, 气功, 魔法, 请看, Religion
Maine, Henry, 亨利·梅因, 150注, 177注, 178注
Mair, Lucy, 卢希·梅尔, 165注, 186注
Markets, 市场, 54 – 55, 67, 169; explicit vs. nonexplicit, 明确的与非明确

的市场，61；hypothetical，虚构的市场，61－62，63，107注；in primitive society，初民社会的市场，182 又请看，Transaction costs
Marriage，婚姻，137，186－192，238，283；matriloeal，入赘婚姻，187．又请看，Brideprice；Family；Polygamy
Marshall，Thurgood，瑟古德·马歇尔，399－402
McCloskey，Donald，唐纳德·麦克劳斯基，159注
McDonald v. Santa Fe Trial Transportation Co.，麦克多纳德诉桑塔菲铁路交通公司案，401，404，405
Media，媒体，请看，Press，the
Meyer v. Nebraska，梅尔诉内布拉斯卡州案，327－328
Michelman，Frank，弗兰克·米歇尔曼，60注，94注，101注
Misrepresentation，欺骗，232ff．又请看，Fraud
Monopoly，垄断，72；economic theory of，垄断的经济学理论，91－93
Moore，Sally，萨莉·摩尔，199注

N

Nash，Manning，曼宁·纳什，172注
Negligence，过失，5，84，200，225；vs. strict liability，过失责任与严格责任，95－99，105
New York Times Co. v. Sullivan，纽约时报诉沙利文案，336－337
Noam Eh，埃利·诺曼，249－250，253
Nonmarket behavior，非市场的行为，请看，Rationality
North，Douglass，道格拉斯·诺斯，164注
North American Indians，北美印第安人，179
Nozick，Robert，罗伯特·诺日克，65，90，144，195

O

Old Testament，retribution in，旧约全书中的报应，208，214，217
Olmstead case，奥姆斯戴德案，311－316，318－319，320，322
Open fields，开放的领域，159注
Order，秩序，请看，Political stability
Osborn case，奥斯本案，322

P

Pacifica case，帕希菲卡案，336－337，346
Pareto superiority，帕累托最优，54－55，79，88ff
Paul v. Davis，保罗诉戴维斯案，

344, 346
Peasant society, 农民社会, 146注
Phelps, Edmund S., 埃德蒙·S·菲尔普斯, 362注
Poe v. Ullman, 帕伊诉乌尔曼案, 327
Poine, (古希腊的) 价格, 124, 220
Political stability, 政治稳定, 21 – 24, 30 – 31, 40, 43 – 47; in absence of state, 没有国家时的政治稳定, 138 – 140; in primitive society, 初民社会的政治稳定, 163 – 168
Politics, 政治, 请看, Government; Legislation; Political stability
Pollack case, 普拉克案, 324, 326
Pollution, 子孙的报应, 208, 217 – 224
Polygamy, 多配偶制, 153, 165 – 168, 181
Polygyny, 多妻制, 请看, Polygamy
Popkin, Samuel L., 萨缪尔·L·帕普金, 146注
Potlatch, 帕特拉奇, 157, 170
Powell, William, 威廉·鲍威尔, 334注, 388 – 397, 403, 406 – 407
Precedent, 先例, 177
Press, the, 传媒, 239 – 240, 251, 257 – 266, 292 – 293
Prestige in primitive society, 初民社会的声望, 157 – 158
Presumptions, 预设、假定, 201 – 202
Price discrimination, 价格歧视, 271注
Primitive society, 初民社会, 119ff, 239, 246 – 247, 269注, 276 – 278, 288
Primogeniture, 长子继承制, 166, 181注
Privacy, 私隐, 147 – 149, 172, 198, 321ff; personal vs. business and organizational, 个人的对厂商和组织的私隐, 248 – 250; tortuous invasions of, 侵权性侵犯私隐, 254ff, 272, 291 – 293, 337 – 340; commercial, 商业私隐, 254 – 255; history of, 私隐的历史, 268 – 269; in sense of seclusion, 隐遁意义上的私隐, 269ff, 286, 332 – 333, 340 – 347; in sense of secrecy, 秘密意义上的私隐, 271 – 273, 299 – 309, 340 – 347; in sense of autonomy, 自主意义上的私隐, 274 – 275, 315 – 316, 323ff; statutes relating to, 与私隐有关的制定法, 299 – 309; of mail, 邮件的私隐, 318; constitutional rights of, 宪法性私隐权, 323ff; sexual privacy cases, 性私隐案件 323 – 331, 344, 345 – 346; and discrimination, 私隐与歧视, 345, 351
Privileged communications, 像有特权保护的交流, 282 – 283
Progress, idea of, 进步的理念, 25
Property rights, 财产权、产权, 179 – 182, 258 – 259; to information, 对信息的产权, 240 – 242; in name or like-

ness，对名字或肖像的产权，255－256；in news，对新闻的产权，263。又请看，Rights
Prosser，William，威廉·普罗瑟，254，287注
Protective associations，保护性联合会，185
Prying，偷看、窥视，232，238－240，258
Pryor，Frederic，弗雷德利克，普里奥，153注，162－163，164注，166注，168，180注，181注
Psychology，心理学，273，280－282
Publicity（tortuous），知名度、曝光（侵权法的）257－264，339－339
Punishment，惩罚，28－31；economic theory of，惩罚的经济学理论，41，66－67；theory of，惩罚的理论，193，197－199，213－214，226。又请看，Criminal justice；Retribution

R

Racial discrimination，种族隔离，301，302－309，351ff，364ff。又请看，Reverse discrimination
Ransom，Roger，罗杰·兰森，362注
Rationality，理性、合理性，2，42，204，237
Rawls，John，约翰·罗尔斯，59，64注，76，99－100，207，253
Reciprocal exchange，互惠交换，160－163，181b
Reciprocity，互惠性，154，172。又请看，Gift exchange
Redfield，Robert，罗伯特，雷德菲尔德，150注
Redistribution，再分配，152；insurance as form of，保险是一种再分配，163；by political process，政治过程进行的再分配，382；and discrimination，再分配与歧视，386
Rehabilitation，康复，260注
Rehnquist，William，威廉·伦奎斯特，322注，405－406
Religion，宗教，168－169，198，219，221，278。又请看，Pollution
Reparations，修复，372
Reputation，名誉，272，287－288，294，337－338
Required－record doctrine，记录必备原则，342
Respondeat superior，上峰负责原则，194注，197注
Restitution，恢复原状，182－183
Retaliation，报复，138－141，173注，191，192－193，194－195，208ff；and strict liability，报复与严格责任，227。又请看，Retribution；Vengeance
Retribution，报应，207ff，223，227。又请看，Vengeance

Revenge，报仇，请看，Retaliation; Vengeance
Reverse discrimination，反向歧视，361，364ff
Rhetoric，修辞，172－173，276－277，280，282
Rights，权利，56，69－73，249，253；Blackstone's conception of，布莱克斯东的权利概念，15－18，2021；in one's name or likeness，对姓名或肖像的权利，72；economic theory of，权利的经济学理论，109－112
Risk and uncertainty，风险与不确定性，8－9，183；risk aversion，风险回避，49注；risk aversion in primitive society，初民社会的风险回避，154，199，又请看，Information and information costs
Robert，John，约翰·罗伯特，278注
Roe v. Wade，若伊诉韦德案，330－331
Roman law，罗马法，289
Rubin，Paul，保罗·鲁宾，290注，311注
Rubin，Zick，兹克·鲁宾，281注
Ruskin，John，约翰，拉斯金，68注

S

Sahlins，Marshall，马歇尔·萨林斯，148注，152注，172
Saia case，赛伊亚案，332
Samuelson，Paul，保罗·萨缪尔森，89注
Sandalow，Terrance，特伦斯·山达洛，366注
Schapera，I.，I. 夏佩罗，149注，177注
Schwartz，Bernard，伯纳德·施瓦茨，319注
Scott，James，詹姆斯·斯考特，146注
Search and seizure，搜查与没收，请看，Fourth Amendment
Seclusion，隐遁，请看，Privacy
Secrecy，秘密，请看，Privacy，Trade Secrets
Segregation，种族隔离，85，354－356，379，又请看，Racial discrimination
Self－incrimination，自证其罪，请看，Fifth Amendment
Sex，性、性别，186－187
Sexual discrimination，性别歧视，374注，398－399
Shame culture vs. guilt culture，羞耻文化与罪孽文化，277－278
Shavell，Steven，斯蒂文·夏威尔，253
Signaling，信号、发信号，240－242
Silverman case，修沃曼案，319－320，322
Simmel，G.，G. 希梅尔，277注
Slander，诽谤，请看，Defamation
Slavery，奴隶制，102

Smith, Adams, 亚当·斯密, 64, 122 – 123, 164
Smith, Robert, 罗伯特·史密斯, 304
Smith v. Daily Mail Pub. Co., 史密斯诉每日邮件公司案, 344 注, 346
Smith v. Maryland, 史密斯诉马里兰州案, 341 注
Sociobiology, 社会学, 140 注。又请看, Genetic fitness
Solitude, 独居、隐居, 请看, Privacy, in sense of seclusion
Sophocles, 索福克勒斯, 217
Sound – truck cases, 宣传车案, 331 – 333
State: origin of, 国家的起源, 131, 140, 144 – 145, 164, 195; theory of, 国家的理论, 请看, Government; Political stability
Steiner, Joseph, 约瑟夫·斯坦纳, 107 注
Stigler, George, 乔治·斯蒂格勒, 8, 103 注, 172 注, 281 注, 307
Stone, Geoffrey, 杰弗里·斯东, 233 注, 322 注
Stone, Lawrence, 劳伦斯·斯东, 279
Strict liability, 严格责任, 199 – 203, 224 – 227, 292 – 293
Strict – scrutiny standard of constitutional review, 宪法审查的严格审查标准, 390 – 392, 398 – 399, 402
Supreme Court, U. S., 美国联邦最高法院, 310f
Sutch, Richard, 理查德·苏切, 362 注
Sweatt v. Painter, 斯维特诉培因特案, 355, 376

T

Taxation, progressive, 累进税, 101
Thomas, Robert, 罗伯特·汤姆斯, 164 注
Time, Inc. v. Hill, 时代公司诉希尔案, 337 – 338
Torts and tort law, 侵权和侵权法, 50 – 192 – 203, 209, 236; privacy tort, 隐私侵权, 254 – 267, 337 – 340. 又请看, under specific torts
Trade, 贸易, 160; in primitive society, 初民社会中的贸易, 151 – 152, 170 – 172. 又请看, Markets
Trade secrets, 贸易秘密, 148 – 149, 254 – 255, 282
Transaction costs, 交易费用, 62 – 63, 70 – 71, 80, 178, 180, 186, 186 注, 259, 264; in primitive society, 初民社会中的交易费用, 170, 172
Tribe, Lawrence, 劳伦斯·却伯, 335 注, 245 注
Trust, 信托, 252
Tuchman, Barbara, 巴巴拉·图希曼, 241

U

Umbeck, John, 约翰·乌姆贝克, 157
Uncertainty, 不确定性, 请看, Risk and uncertainty
Undercover agents, 便衣侦探, 321 – 322
United States v. Miller, 美国诉米勒案, 341 – 344
Usufruct, 使用权、用益权, 179
Utilitarianism, 功利主义, 13, 33 – 34, 38, 41, 47ff, 106 – 107, 113, 249, 252, 376; and retribution, 功利主义与报应, 211
Utility: economic vs. philosophical, 效用, 经济学上的效用与哲学上的功利, 49; average vs. total, 平均效用与总体效用, 54; total vs. marginal, 总体效用与边际效用, 54 – 55; vs. wealth, 效用与财富, 64; interpersonal comparison of, 效用人际比较, 79, 107 注

V

Value, economic concept of, 经济学上的价值概念, 60 – 61
Veeder, Van Vechten, 范·维希顿·韦德尔, 295 注
Vengeance, 复仇, 138, 139 注, 212 – 216. 又请看, Retaliation
Voting, property qualifications for, 投票的财产限制, 21 – 22

W

Warren, Samuel, 萨缪尔·沃伦, 239, 247 注, 250 – 251, 254 注, 269, 271, 311
Wealth, 财富, 205, 271; defined, 财富的界定, 60 – 61
Wealth maximization, theory of, 财富最大化理论, 60ff
Wechsler, Herbert, 赫伯特·韦希斯勒, 355
Weinrib, Ernest, 恩斯特·温利伯, 107 注
Welfare economics, 福利经济学, 49
Wergeld, 血财, 请看, Bloodwealth
Westin, Alan, 埃伦·维斯丁, 240 注, 278 注, 321 注
Whalen v. Roe, 瓦冷诉若伊案, 343
Williams, Bernard, 伯纳德·威廉姆斯, 58
Willingness to pay, ambiguity in concept of, 愿意支付概念中的含混之处, 64 – 65
Wiretapping, 电话窃听, 273, 311 – 313, 317 – 318, 320 – 321
Witchcraft, 巫术, 请看, Religion

Wittman, Donald, 唐纳德·维特曼, 207注
Wolston v. Reader's Digest Assn., Inc., 沃斯顿诉读者文摘联合会案, 339注, 341
Writs of assistance, 协助令, 318

Y

Yanoama Indians, 雅诺马印第安人, 276注
Young v. American Mini Theaters, 杨格诉美国迷你剧院案, 334注
Yurok Indians, 尤若克印第安人, 175–176

Z

Zacchini case, 查奇尼案, 340注